Document généré le 12 juil. 2025 19:10

Revue du notariat

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DE LA FAMILLE

Les limites du droit de la filiation et du droit matrimonial une fois de plus mises à l'épreuve

Alain Roy

Volume 123, numéro 1, 2021–2022

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2020

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1088959ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1088959ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)
2369-6184 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Roy, A. (2021). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DE LA FAMILLE : les limites du droit de la filiation et du droit matrimonial une fois de plus mises à l'épreuve. *Revue du notariat*, *123*(1), 1–33. https://doi.org/10.7202/1088959ar

© Chambre des notaires du Québec, 2022

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

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

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

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

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

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2020 EN DROIT DE LA FAMILLE

Les limites du droit de la filiation et du droit matrimonial une fois de plus mises à l'épreuve

Alain ROY*

INTRODUCTION 3

1. Un parent ou deux parents oui, mais trois ? 4

   1.1 Parenté et parentalité : distinctions conceptuelles . . . 9

   1.2 Parenté, parentalité et autorité parentale : limites de la volonté individuelle 13

2. Le partage des actifs en mariage oui, mais en union de fait ? 17

   2.1 Pas un « régime matrimonial judiciaire » *sui generis*, mais.... 27

   2.2 Pourquoi 20 %, pourquoi 45 %... et pourquoi pas 50 % ?. 30

CONCLUSION 32

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier Me Marie-Laurence Brunet, Me Christiane Lalonde, Ad. E., Pre Brigitte Lefebvre, LL. D., Pre Johanne Clouet, LL. D., Pre Andréanne Malacket, LL. D., et Me Sylvie Schirm, Ad. E., pour leurs précieux commentaires. Évidemment, les opinions émises dans cet article n'engagent que leur auteur.

INTRODUCTION

Il y a 13 ans, le Conseil de la famille et de l'enfance et le Conseil de développement de la recherche sur la famille tenaient à Trois-Rivières le 9e symposium de recherche multidisciplinaire sur la famille sous le thème « La famille à l'horizon 2020 – Quel avenir envisageons-nous pour la famille ? »[1]. À partir des « tendances lourdes » alors observables, une quinzaine de spécialistes étaient invités à se projeter dans le futur afin d'esquisser le portrait des dynamiques familiales à venir.

Parmi les conférenciers invités se trouvait la professeure de droit Marie Pratte, de l'Université d'Ottawa. Intitulée « La situation juridique de la famille de 2020 – Liberté, égalité, solidarité ? »[2], son allocution publiée dans les actes du symposium témoigne d'un regard lucide sur les besoins juridiques des familles d'aujourd'hui. Des besoins qui, comme l'anticipait la professeure Pratte avec clairvoyance, s'articulent autour des valeurs de liberté, d'égalité et de solidarité. Que ce soit en matière de filiation ou de conjugalité, ces valeurs en constante opposition servent de phares aux tribunaux appelés à naviguer dans les eaux troubles du droit de la famille que le législateur québécois tarde à réformer.

Fidèle à l'approche que nous avons adoptée pour nos précédentes revues annuelles de jurisprudence, nous ne nous attarderons ici qu'à deux décisions majeures de la Cour d'appel qui, en raison des enjeux sociaux qu'elles soulèvent, permettent de questionner le droit de la famille dans les fondements qui le sous-tendent et les valeurs qu'il véhicule. Fait intéressant, notre recension d'il y a deux ans traitait des jugements de première instance rendus dans les mêmes dossiers. Même si nous revenons ici sur les faits et autres éléments de contexte nécessaires à la compréhension de notre analyse, il va sans dire qu'une lecture ou relecture de notre texte de

---

1. Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITODEAU (dir.), *La famille à l'Horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008.
2. Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 – Liberté, égalité, solidarité ? », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITODEAU (dir.), *La famille à l'Horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 401.

2018 permettra au lecteur d'acquérir une perspective à la fois plus large et plus fine de la problématique en cause[3].

Nous aborderons, dans un premier temps, l'arrêt *Droit de la famille – 191677*[4], où la Cour d'appel discute des notions de parenté, de filiation et de parentalité à la lumière du projet parental convenu par deux femmes et un homme. Nous nous intéresserons ensuite à l'arrêt *Droit de la famille – 201878*[5], où la Cour d'appel réaffirme clairement la recevabilité du concept de coentreprise familiale et de la méthode de la valeur accumulée qui s'y rapporte en matière d'enrichissement injustifié entre conjoints de fait.

1. Un parent ou deux parents oui, mais trois ?

Un enfant peut-il avoir plus de deux parents ? Bien que cette question n'ait pas été directement soumise à la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 191677*[6], elle s'y profile en filigrane, tout comme ce fut le cas en première instance[7]. En fait, c'est précisément parce qu'en droit québécois, un enfant ne peut pas avoir trois parents, voire davantage, que la justice fut saisie d'une action en contestation et en réclamation d'état présentée par le père biologique d'un enfant. Rappelons les principaux faits du dossier.

Les faits

Alors conjointes de fait, Mme L. et Mme R. forment en 2009 le projet d'avoir un enfant. Après quelques tentatives d'insémination artificielle infructueuses, elles s'inscrivent en ligne sur la page Web de coparents.com, « un 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.

---

3. Alain ROY, « Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? », (2019) 121 *R. du N.* 1.
4. 2019 QCCA 1386.
5. 2020 QCCA 1587.
6. Par souci de transparence, mentionnons que nous avons agi à titre de consultant dans ce dossier auprès de l'appelant et de sa procureure. Notons que la demande de permission d'appeler du jugement de la Cour d'appel devant la Cour suprême du Canada a été rejetée.
7. En première instance, voir *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900, par. 25 à 43. Dans l'arrêt de la Cour d'appel, voir par. 14 à 20 et 66 à 68.

Quelque temps plus tard, les trois parties consultent une notaire dans le but de connaître les implications légales de leur projet. Cette dernière leur recommande de signer une entente, après leur avoir prétendument mentionné que seules Mme L. et Mme 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 Mme 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 d'en reproduire intégralement les termes[8] :

> ENTENTE POUR METTRE UN ENFANT AU MONDE
>
> Dans le texte qui suit, les mots « parties » et « nous » signifient les trois personnes ayant signé ce document, soit [Mme L], [Mme R.] et [M.M.]. Le mot « enfant » comprend tous les enfants issus des trois parties.
>
> Les mères [Mme L. et Mme 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). Les parties s'entendent à ce que les deux mères puissent porter un enfant.
>
> A Résidence de l'enfant
>
> 1) 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 aura un fort engagement envers l'enfant et aura de l'aide d'autres adultes. De plus, chaque parent a l'intention d'encourager de supporter ces liens extérieurs avec l'enfant.
>
> 2) Principes généraux
>
> a) Résidence : Il est entendu entre les parties que les mères auront la garde de l'enfant afin de procurer une stabilité. 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

8. Nous nous sommes permis de corriger les fautes d'orthographe contenues dans le texte.

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.

b) Flexibilité et coopération : Les parties vont faire de leur mieux pour accommoder avec chacun de leur horaire. Les deux parties s'entendent qu'il sera nécessaire d'être flexible avec la garde physique et saura faire les arrangements pour accommoder les besoins de l'enfant pour les événements spéciaux, urgences familiales, jours de fêtes et vacances. Les parties s'entendent pour discuter de la célébration de fête avec l'enfant, fête d'un parent, fête religieuse et vacances de manière opportune.

3) Avant l'âge de 2 ans : Pendant le premier mois de sa vie, l'enfant résidera chez ses mères et le père pourra visiter l'enfant quotidiennement à une heure jugée mutuellement acceptable. Reconnaissant que la mère biologique fera de majeurs ajustements pendant cette période, le père convient d'être flexible et sensible aux besoins des mères et de l'enfant par les moments choisis des visites. Pendant le reste du temps de l'allaitement, qui devrait durer jusqu'à environ 2 ans, les parties s'entendent qu'il serait préférable que le père garde l'enfant à sa résidence aussitôt qu'il est jugé sécuritaire pour l'enfant et à des temps qui n'interfèrent pas avec l'horaire d'allaitement de l'enfant.

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

B Coopération dans les décisions

Les parties feront les décisions par rapport à la santé et l'éducation de l'enfant par consensus. La consistance dans l'élevage, les parties s'entendent que leur pratique d'éducation et de routine de tous les jours seront consistantes et similaires entre les parties et discuté de manière continue. Ces pratiques incluent, mais ne se limite pas à : diète, heure de coucher, télévision et établir des limites appropriées aux comportements de l'enfant.

C Questions financières

Dépenses journalières : Les parties seront individuellement responsables de la nourriture, vêtements, jouets, divertissement et autres dépenses de tous les jours qui sont déboursées pendant que l'enfant réside aux résidences respectives. Les parties reconnaissent que les majeures parties de dépenses journalières auront lieu avec les mères vu que l'enfant y résidera la majorité du temps.

D. Résolution de conflits

Principes généraux : Les parties désirent résoudre tous les conflits qui peuvent survenir entre eux sans avoir recours à la justice.

Durant la grossesse, M. M. assume certains frais, notamment ceux se rapportant aux tests de viabilité du fœtus et à l'achat de vitamines. Il est présent lors des cours prénataux et des échographies et choisit l'un des prénoms qui seront attribués à l'enfant. Celle-ci naît le 23 août 2014. Comme le prévoit l'entente, Mme R. et Mme L. signent la déclaration de naissance respectivement à titre de mère et de co-mère, et en transmettent un exemplaire au directeur de l'état civil. Conformément aux responsabilités légales qui lui échoient, celui-ci dresse ensuite l'acte de naissance de l'enfant en y inscrivant une double filiation maternelle.

En juillet 2016, Mme L. entreprend un processus de transition de genre qui connaîtra son aboutissement en avril 2017. Entretemps, soit en octobre 2016, le couple se sépare. Dès lors, M. M. et Mme R assumeront *de facto* la garde partagée de l'enfant, Mme L. (depuis M. L.) la prenant en charge une fin de semaine sur deux.

Une procédure de divorce est introduite en décembre 2016. Constatant le conflit juridique opposant Mme R. et M. L quant à la garde de l'enfant et craignant d'être mis à l'écart du décor familial, M. M. dépose concomitamment devant le tribunal une demande de « reconnaissance de paternité » afin d'être déclaré parent de l'enfant en lieu et place de M. L.[9]

Le jugement de la Cour supérieure

En première instance[10], le juge Gary D.D. Morrison accueille la demande de M. M. sur la base d'un raisonnement limpide : non seulement l'article 538 C.c.Q., situé au chapitre 1.1 « De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée », ne permet pas à trois personnes d'être parties à un projet parental, mais une contribution génétique en provenance d'un tiers, c'est-à-dire d'une personne qui n'y est pas partie, s'avère également impérative.

9. La demande a été plus précisément déposée le 18 novembre 2016.
10. *Droit de la famille – 18968*, 2018 QCCS 1900 (ci-après « jugement de première instance »). Pour une analyse du jugement de première instance, voir Alain ROY, « Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? », (2019) 121 *R. du N.* 1.

Selon le juge Morrison, la preuve soumise « confirme de façon claire et précise que M. M. n'a jamais accepté de limiter son rôle et d'éviter les conséquences juridiques de filiation. La prépondérance de la preuve démontre le contraire »[11]. Selon ses dires, tant Mme R. et M. L. que M. M. doivent être considérés comme étant parties au projet parental, M. M. ne pouvant incidemment être qualifié de « tiers » au sens de l'article 538 C.c.Q.

Considérant le chapitre 1.1 sur la procréation assistée inapplicable, le juge accueille donc la demande en reconnaissance de paternité de M. M. et, conséquemment, substitue sa filiation à celle de M. L. conformément aux dispositions du chapitre 1 sur la filiation par le sang.

Le jugement de la Cour d'appel

Dans un arrêt unanime signé par le juge Nicholas Kasirer[12], la Cour d'appel résume en ces termes l'enjeu à trancher :

> Si M. M. était un tiers externe au projet parental de M. L. et Mme R., la procréation assistée servirait, d'une part, d'assise à la filiation de M. L. à l'égard de l'enfant et exclurait, d'autre part, la paternité du père biologique. En revanche, si le rôle de M. M. dans l'arrangement tripartite était incompatible avec ce projet parental, la filiation serait déterminée par le jeu des règles de la filiation par le sang.[13]

Le « donneur de forces génétiques », poursuit la Cour d'appel, ne sera pas considéré comme un « tiers externe » au projet parental s'il « exprime la volonté d'être le parent de l'enfant ». Pour en être exclu, le tiers devra donc avoir renoncé au statut de parent de l'enfant en acceptant son « rôle limité » pour ce qui est de la parenté[14].

La Cour s'affaire ensuite à distinguer les concepts de parenté et de parentalité : si la *parenté* se rattache à la filiation, « la *parentalité*, elle, renvoie à une idée plus large [...], touchant plus généralement la fonction parentale ou la "situation d'une personne qui tient le rôle de parent pour un enfant" »[15]. À juste titre, la Cour précise qu'une personne peut être appelée, « dans les faits ou en droit, et parallèlement

11. Par. 89 (jugement de première instance).
12. Le juge Kasirer a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada le 16 septembre 2019.
13. Par. 87.
14. Par. 96.
15. Par. 101.

ou par substitution aux parents, à exercer le droit de garde, à apporter une assistance financière à l'enfant, ou à exercer des droits d'accès, et ce, sans nécessairement enlever à la mère ou au père son statut juridique de parent »[16].

Aux dires de la Cour, le juge Morrison a ignoré cette distinction ou, plus fondamentalement, a confondu les deux concepts « en s'appuyant sur l'engagement de M. M. à entreprendre des responsabilités parentales et non sur sa renonciation quant à la filiation »[17]. En somme, le juge Morrison aurait commis une erreur de droit en se méprenant « sur le sens à donner à la définition du "projet parental avec assistance à la procréation" [...] énoncée à l'article 538 C.c.Q. »[18] :

> La Cour supérieure identifie et applique le mauvais critère de droit pour déterminer si le donneur de forces génétiques est un tiers étranger au projet parental. Le juge fait reposer l'existence du projet sur la volonté de M. M. d'exercer des responsabilités parentales plutôt que sur sa volonté – ou son absence de volonté – d'établir un véritable lien de parenté avec l'enfant. [...] La définition du projet parental, comme fondement de la filiation par procréation assistée, repose sur une volonté d'établir des rapports de *parenté* entre les parties au projet et l'enfant et, pour le géniteur, la conscience et l'acceptation de son rôle limité à cet égard.[19]

Au demeurant, la Cour reconnaît à M. M. l'intention de participer à la vie de l'enfant, rôle qui relève de la parentalité, mais non pas celle d'en être le parent, statut qui appartient au domaine de la filiation. M. M. demeurerait donc un simple tiers « externe » au projet parental du couple composé de Mme R. et M. L. Pour cette raison, conclut la Cour, le jugement de première instance doit être infirmé et la filiation de M. L., rétablie.

1.1 Parenté et parentalité : distinctions conceptuelles

La distinction conceptuelle entre « parenté » et « parentalité » sur laquelle s'appuie la Cour d'appel n'est pas nouvelle, la doctrine

16. Par. 104.
17. Par. 142.
18. Par. 120.
19. Par. 122.

s'y intéressant depuis plusieurs années[20]. Présumer que cette distinction ait pu échapper au juge Morrison soulève l'étonnement, à plus forte raison lorsqu'on lit attentivement son jugement. En affirmant, au paragraphe 31 du jugement de première instance, que la « vaste majorité des auteurs québécois semblent confirmer [la] position voulant qu'au Québec la prémisse de triparentalité [*sic*][21] soit exclue par la loi, et ce, même si plusieurs personnes peuvent jouer un rôle parental au bénéfice de l'enfant mineur », le juge Morrison fait clairement ressortir la distinction que la Cour d'appel considère comme déterminante. Qu'à cela ne tienne, la méconnaissance que la Cour d'appel lui attribue expliquerait ses conclusions erronées. S'il avait saisi la nuance pertinente, souligne-t-elle, il aurait conclu que l'intention des parties, et plus spécialement celle de M. M., portait sur la parentalité, et non pas sur la parenté. Cette prétention a de quoi laisser perplexe, l'entente tripartite, de l'aveu même de la Cour d'appel, portant à interprétation :

> Il est vrai que l'Entente n'est pas exempte d'ambiguïté et, à ce titre, certaines de ses clauses appellent à une interprétation. C'est le cas, par exemple, de la désignation de M. M. comme « père », par opposition aux deux « mères » Mme R. et M. L., ce qui pourrait laisser entendre que l'intention commune des parties était de se reconnaître tous les trois comme parents. Mais lue dans son ensemble, l'Entente précise, tant au niveau de la garde qu'au regard des responsabilités financières, que ce « père » n'a pas le même statut que les deux « mères », celui-ci ayant des droits d'accès à l'enfant et des obligations pécuniaires qui ne sont pas l'équivalent de ceux d'un père. De plus, on notera que l'interprétation que les parties ont donnée à l'Entente confirme que M. M. est investi d'une fonction parentale plutôt que du statut d'un père.[22]

Dans la mesure où l'on refuse le postulat selon lequel le juge Morrison ignorait la distinction sur laquelle repose la décision de la Cour d'appel, ne peut-on pas conclure qu'il a tout simplement interprété l'entente des parties sous l'angle de la *parenté* ? Ne peut-on pas considérer qu'il a déduit du témoignage des parties, dont il a pu

20. Au par. 18, la Cour d'appel parle d'ailleurs « d'une distinction fort ancienne ». Sur le sujet, voir notamment Suzanne PHILIPS-NOOTENS et Carmen LAVALLÉE, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation, la filiation en question », dans Brigitte LEFEBVRE et Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21e siècle*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 337.
21. À la lecture du jugement, on comprendra facilement que le juge Morrison voulait plutôt parler de la « triparenté ».
22. Par. 157.

évaluer la crédibilité[23], une volonté constitutive de parenté, et non de parentalité ?

L'objet de l'interprétation, faut-il le rappeler, réside ici dans l'intention commune des parties et, plus précisément, dans celle de M. M. Il s'agit de déterminer si ce dernier « a accepté de limiter son rôle et d'éviter ainsi les conséquences juridiques de filiation qui en auraient normalement découlé »[24]. Pour évaluer cette intention, la Cour d'appel applique une distinction conceptuelle généralement connue des juristes, mais certainement pas des justiciables. Il nous est difficile de croire qu'un profane puisse faire la distinction entre les concepts de parenté et de parentalité et, incidemment, soit en mesure de délimiter les frontières de leur domaine respectif. En utilisant les termes « père » et « parent » dans l'entente maison pour désigner M. M., les parties pouvaient certainement vouloir faire de lui ce à quoi ces termes renvoient dans l'esprit d'un justiciable; pour le commun des mortels, un « père » ou « un parent » n'est pas qu'un simple délégataire de responsabilités parentales.

Comme en témoignent les propos ci-dessus cités, la Cour d'appel voit dans l'approche particulière dont M. M. fait l'objet dans l'entente l'indice du « statut » différent que les parties voulaient lui attribuer par rapport aux deux mères. Nous considérons qu'il faille plutôt expliquer cette approche par le fait que M. M. ne cohabitait pas avec les deux mères. Il était donc nécessaire d'identifier expressément ses droits et responsabilités à l'égard de l'enfant, comme il est coutume de le faire entre parents qui vivent séparément. Que les « droits d'accès » ou « responsabilités financières » établis à son endroit ne soient pas « l'équivalent de ceux d'un père » ne nous semble en rien concluant. Ici encore, il convient de se mettre dans la peau des justiciables. Ceux-ci ne sont pas en mesure de cerner avec exactitude la portée des droits et des obligations que le législateur rattache au statut parental[25]. Du reste, l'article 1426 C.c.Q. impose à l'interprète d'un contrat le devoir de tenir compte de

23. Voir d'ailleurs le par. 49 du jugement de première instance.
24. Par. 94.
25. Ironiquement, la Cour d'appel accorde cette indulgence au juge de première instance : « En l'espèce, la Cour supérieure n'a pas fait la distinction entre parenté et parentalité, une distinction qui est cependant au cœur de la présente affaire. À sa décharge, ces concepts sont souvent liés. En effet, des indices de parentalité – l'exercice du droit de garde, par exemple, ou l'acceptation d'une responsabilité financière envers l'enfant – peuvent aussi être des indices de parenté dans la mesure où l'autorité parentale et l'obligation alimentaire sont aussi des effets de la filiation » (par. 109).

l'interprétation que les parties lui ont donnée par leur conduite ou leur comportement après sa conclusion. Si l'on entretenait un doute sur l'intention des parties, il nous semble que la nature du rôle parental que M. M. a occupé dans les faits depuis la naissance de l'enfant et, plus particulièrement, après la séparation de ses deux parents légaux, permet de le dissiper.

Il est vrai que c'est M. L. qui a signé la déclaration de naissance (à titre de « co-mère »), et non M. M. C'est d'ailleurs ce que prévoyait l'entente des parties. Selon la Cour d'appel, M. M. aurait ainsi « renoncé » au statut de parent que son « apport de force génétique » aurait pu autrement lui procurer[26]. Avec égards, une telle interprétation fait violence non seulement à l'économie générale de l'entente tripartite, mais également aux circonstances qui ont mené à la conclusion du projet parental. Si M. M. n'a pas signé la déclaration de naissance, c'est d'abord parce que le droit québécois ne reconnaît pas la triparenté et qu'il fallait bien qu'une des parties cède sa place sur l'acte de naissance de l'enfant. Pourquoi lui et non pas M. L. ? Au-delà des explications contradictoires soumises par chacune des parties[27], la réponse la plus logique pourrait bien se trouver dans l'entente tripartite. En vertu des clauses 2 et 3, la garde de l'enfant à naître est confiée par anticipation au couple composé des « mères ». N'est-il pas raisonnable de croire que les parties aient pu vouloir assurer la *publicité* et l'*opposabilité* de la filiation des deux parents qui, au quotidien et conjointement, auraient à interagir plus

26. La Cour d'appel reproche au juge Morrison de ne pas avoir accordé d'importance à cette omission et à la portée renonciatrice qu'elle lui attribue (par. 124). Il est quant à nous tout à fait compréhensible que le juge Morrison ne se soit pas formalisé de cette question puisqu'il a reconnu d'entrée de jeu la nullité du projet parental en raison de son caractère tripartite (par. 47 du jugement de première instance). Dès lors, le juge s'en est remis au chapitre 1 sur la filiation par le sang, applicable par défaut. Or, dans le cadre de ce chapitre, l'omission du « père biologique » de signer la déclaration de naissance ne peut d'aucune manière constituer une fin de non-recevoir à sa réclamation de paternité. Comme nous l'avons déjà mentionné, nous avons commenté le jugement de première instance : Alain ROY, « Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? », (2019) 121 *R. du N.* 1.

27. Par. 80. M. M. explique notamment l'inscription du nom de M. L. (alors Mme L.) dans l'acte de naissance par les informations reçues de la notaire consultée, celle-ci (comme ci-dessus évoqué) ayant prétendument mentionné aux parties que seules les deux mères pouvaient signer la déclaration de naissance en raison du mariage les unissant. Cette soi-disant erreur, estime la Cour d'appel, n'a pas été prouvée (la notaire n'a d'ailleurs pas témoigné au procès). La Cour d'appel écrit au par. 134 : « Je partage l'opinion du juge [Morrison] selon laquelle la preuve au dossier ne permet pas de conclure que l'intimé [M. M.] s'est fié sur un avis juridique erroné. »

fréquemment avec les tiers ? Là où la Cour d'appel voit une renonciation à la filiation *in se*, ne pourrait-on pas voir qu'une simple renonciation à la *publicité* de la filiation justifiée par l'aménagement du temps parental entre les trois parties[28] ? Une telle interprétation, qui aurait permis d'assurer la cohérence des différentes dispositions de l'entente, n'a pas été discutée par la Cour d'appel.

1.2 Parenté, parentalité et autorité parentale : limites de la volonté individuelle

S'il ne peut bénéficier du statut de parent, M. M. pourra-t-il au moins revendiquer les attributs de parentalité que lui confère l'entente convenue avec Mme R et M. L. ? Une réponse nuancée s'impose. S'il est possible de transiger sur la filiation aux termes des dispositions du chapitre 1.1 sur la procréation assistée, l'autorité parentale, elle, demeure toujours indisponible. En dépit des dispositions de l'entente, M. M. ne pourra donc opposer aux deux parents légaux sa volonté de participer aux décisions qui concernent l'enfant. L'objet même de l'intention contractuelle que la Cour d'appel lui attribue le mène donc ici dans un cul-de-sac juridique. Quant à ses « droits d'accès », leur sort dépendra non pas des termes de l'entente tripartite, mais de l'appréciation qu'un tribunal pourrait éventuellement retenir de l'intérêt de l'enfant[29]. En fait, M. M. se retrouvera dans la même situation que tout autre tiers qui souhaite intervenir dans la vie dans l'enfant à l'encontre de la volonté de ses parents. Dans ses notes de conclusion, la Cour d'appel le confirme d'ailleurs en ces termes :

> Je note aussi que l'intimé est tiers intervenant dans l'instance de divorce, pendante en Cour supérieure, entre M. L. et Mme R. On peut penser que, dans ce contexte, les questions relatives aux rôles que M. M. et les deux parents seront respectivement amenés à jouer seront possiblement débattues, selon l'intérêt de l'enfant, mais je m'abstiens de tout commentaire à l'égard de ce litige.[30]

---

28. Il importe de rappeler que l'acte de naissance reste avant tout un moyen de *preuve* de filiation : art. 523 C.c.Q. Voir également 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. 211.
29. Voir art. 605 C.c.Q. Voir également Alain ROY, « Commentaire sous l'article 605 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 5e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020.
30. Par. 169 et 171.

Il est intéressant de comparer ces remarques, où la parentalité prend des allures de pis-aller, avec les propos introductifs de la Cour. Réagissant aux observations du juge Morrison, qui se désolait de constater l'impossibilité légale d'attribuer plus de deux parents à un enfant – une limite jugée incompatible avec la réalité de nombreuses familles recomposées –, la Cour d'appel écrit au tout début de sa décision :

> [...] j'estime que le droit positif laisse amplement place à la solution souhaitée par le juge de première instance, sans troubler ce qu'il qualifie du « modèle biparental » pour la filiation établie au *Code civil du Québec*. La filiation par procréation assistée en faveur de « deux mères » permet, à mon avis, l'implication du donneur de forces génétiques dans la vie de l'enfant après la naissance, tout en laissant le projet parental des conjointes intact et sans faire du géniteur le père de l'enfant aux yeux de la loi.
>
> Bref, même si nous acceptons, aux fins de la discussion, que la « *tri-parenté* » ne soit pas admise en droit québécois, rien ne s'oppose, juridiquement, à la reconnaissance d'une situation de « *tri-parentalité* » à l'égard de l'enfant.[31]
>
> [...]
>
> Un [...] arrangement – bi-*parenté* pour la filiation; tri-*parentalité* pour l'exercice de certaines responsabilités parentales – peut être mis en place sans porter atteinte au principe de l'indisponibilité de l'autorité parentale et sans déchoir les parents des droits et responsabilités qui leur incombent en raison de leur statut de mères ou pères.[32]

Si, comme le suggère la Cour d'appel, le droit ne prohibe pas les « situations de triparentalité », force est de constater qu'il n'en reconnaît pas pour autant l'existence. Comme nous l'avons ci-dessus mentionné, l'arrangement de triparentalité auquel la Cour se réfère ne peut faire l'objet de sanction judiciaire. Dans l'état actuel du droit, les parents d'un enfant ne sont autorisés à partager leur autorité parentale avec un tiers que sur une base temporaire, spéciale et révocable[33], autant de caractéristiques incompatibles avec les prémisses à la base de l'entente des parties. Ainsi, dans la mesure où Mme R. et M. L. lui refusent le rôle parental qu'ils lui ont pourtant

31. Par. 16-17.
32. Par. 20.
33. Art. 601 C.c.Q. La Cour d'appel elle-même le reconnaît au par. 105. Voir également *Droit de la famille – 3444*, [1999] R.J.Q. 2910 (C.S.). Voir également Alain ROY, « Commentaire sous l'article 601 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaires*, 5e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020.

consenti dans leur arrangement, M. M. n'aura plus qu'à espérer qu'un tribunal interprète l'intérêt de l'enfant en sa faveur et lui accorde des accès[34], voire la garde de l'enfant[35], comme il pourrait être appelé à le faire à la demande de tout autre tiers. Bref, les clauses de parentalité décelées par la Cour d'appel ne lui seront d'aucune utilité. Comment, dans ce contexte, prétendre que « le droit positif laisse amplement place » à l'aménagement d'une situation de triparentalité ?

La réponse de la Cour d'appel à cette question se trouve peut-être dans cet autre passage du jugement :

> Le droit civil québécois reconnaît qu'un enfant puisse avoir d'autres figures parentales dans sa vie, *de facto* ou *de jure*, que ses parents. La doctrine relève, à juste titre, l'exemple des beaux-parents. Le tiers donneur, externe au projet parental de l'article 538 *C.c.Q.*, présente un cas de figure comparable. En ce sens, une personne qui est un tiers au sens du droit de la filiation peut néanmoins être appelée, dans les faits ou en droit, et parallèlement ou par substitution aux parents, à exercer le droit de garde, à apporter une assistance financière à l'enfant, ou à exercer des droits d'accès, et ce, sans nécessairement enlever à la mère ou au père son statut juridique de parent. Parfois qualifiée de « parent psychologique », de « parent social », voire de « tiers significatif », cette figure parentale n'est pas pour autant une mère ou un père au regard du droit de la filiation.

L'exemple du beau-parent est particulièrement révélateur, mais dans le sens contraire à celui voulu par la Cour d'appel. Si la doctrine s'intéresse au beau-parent, c'est précisément pour souligner, voire déplorer, le vide juridique dont il est l'objet en droit civil

34. Voir *supra*, note 29.
35. Rappelons qu'il est présumé être dans le meilleur intérêt de l'enfant de vivre avec ses parents, lesquels sont généralement les personnes les mieux placées pour en assurer le bien-être (*C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Droit de la famille – 192110*, 2019 QCCA 1763). Pour se voir confier la garde exclusive de l'enfant, le tiers doit donc renverser cette présomption en démontrant qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qu'il lui soit confié. Hormis cette preuve, le tiers demandeur devra également démontrer le réel préjudice dont l'enfant serait victime si la garde ne lui était pas attribuée en raison, notamment, du lien d'attachement exceptionnel qui l'unit à l'enfant (*C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244). Le tiers qui demande plutôt une garde partagée doit démontrer que cette modalité de garde est non seulement dans l'intérêt de l'enfant, mais que, à défaut d'y donner application, le développement ou l'épanouissement de l'enfant pourrait s'en trouver altéré (*Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640). Sur cette question, voir Alain ROY, « Commentaire sous l'article 605 », dans Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : Annotations – Commentaire*, 5e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 169 et 171.

québécois[36]. Contrairement aux dispositions prévues dans la *Loi sur le divorce* en vertu desquelles l'ex-époux *in loco parentis* d'un parent peut se voir reconnaître certains attributs parentaux au jour du divorce, le Code civil ignore complètement le beau-parent. Sa qualification par le tribunal à titre de « parent psychologique », de « parent social » ou de « tiers significatif » ne lui conférera pas les droits et obligations auxquels un parent peut prétendre; elle n'aura pour effet que d'alléger le fardeau qui échoit normalement aux tiers désireux d'obtenir des droits d'accès à l'enfant, voire une garde partagée ou exclusive, à l'encontre de la volonté de ses parents[37]. Des accès ou une garde qui, rappelons-le, laisseront néanmoins le beau-parent à l'écart des décisions fondamentales qui jalonnent la vie de l'enfant. En somme, les seules figures parentales qui, en droit civil québécois, peuvent parallèlement ou par substitution aux parents exercer *de jure* des responsabilités parentales sans être à leur merci sont le tuteur et le directeur de la protection de la jeunesse[38]. Force est d'admettre que ces cas de figure n'ont rien à voir avec la cause soumise à la Cour d'appel.

Heureusement pour M. M., le cadre de la *Loi sur le divorce*[39] trouvera sous peu application, Mme R. et M. L. étant en instance de divorce. Et les importantes modifications apportées à cette loi aux termes du projet de loi 78[40] seront vraisemblablement en vigueur lorsque la demande sera entendue. M. M. pourra donc se prévaloir

---

36. La dissociation des concepts de parenté et de parentalité au moyen d'une convention a été proposée par des groupes de travail au cours des dernières années, notamment le GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ADOPTION (sous la présidence de Carmen LAVALLÉE), *Pour une adoption à la mesure de chaque enfant*, Québec, ministère de la Justice et ministère de la Santé et des Services sociaux, 2007, p. 21-22 et le 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. 245.
37. Voir *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561. Voir également l'*obiter* du juge Dalphond dans *Droit de la famille – 072895*, [2008] R.J.Q. 49 (C.A.). Voir enfin le texte du juge Benoît Moore (alors professeur), que cite d'ailleurs la Cour au par. 104 : Benoît MOORE, « La notion de "parent psychologique" et le *Code civil du Québec* », (2001) 103 *R. du N.* 115.
38. D'ailleurs, à la note 38, la Cour mentionne que « le droit civil reconnaît diverses circonstances où un tiers, non parent et non titulaire de l'autorité parentale, peut exercer cette autorité : voir, par exemple, en adoption (art. 562 et 572 *C.c.Q.*), en matière de tutelle (art. 186 *C.c.Q.*) et de tutelle supplétive (art. 199.1 et s. *C.c.Q.*) ».
39. L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.).
40. *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales et la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2019, ch. 16.

des nouvelles règles permettant au tribunal d'accorder l'exercice du temps parental (nouvelle notion englobant les concepts de garde et d'accès) et des responsabilités décisionnelles (notion correspondant à l'autorité parentale) à toute personne qui tient lieu de parent à l'enfant ou qui a l'intention d'en tenir lieu, peu importe qu'elle soit ou non conjoint d'un parent[41]. Non seulement M. M. pourra demander au tribunal de lui confier des prérogatives d'autorité parentale – ce que le Code civil ne permet pas –, mais il pourra également espérer obtenir l'équivalent de droits d'accès, voire d'une garde de l'enfant, en fonction d'un critère beaucoup moins exigeant que celui qui s'applique aux tiers.

2. Le partage des actifs en mariage oui, mais en union de fait ?

Les conjoints de fait peuvent-ils se réclamer mutuellement le partage de leurs actifs au moyen du recours en enrichissement injustifié prévu à l'article 1493 C.c.Q. ? Cette question simple, qui commandait autrefois une réponse résolument négative, nous plonge aujourd'hui dans l'univers complexe des nuances jurisprudentielles. Dans l'arrêt *Droit de la famille – 201878*[42], la Cour d'appel s'est prévalue de la notion de coentreprise familiale émanant des provinces de common law pour accorder à une conjointe de fait une indemnité équivalant à 20 % de la valeur de l'entreprise de son conjoint. Bien que le plus haut tribunal de la province se soit empressé de réaffirmer la primauté des principes d'autonomie de la volonté et de libre choix que préconise le Québec en matière d'union de fait – et dont la Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle dans l'arrêt *Éric* c. *Lola*[43] –, certains n'hésiteront pas à conclure à la création d'un véritable « régime matrimonial » judiciaire *sui generis* entre conjoints de fait.

Les faits

Les parties se rencontrent durant l'été 1996. En juillet 1997, Madame emménage chez Monsieur et consent à lui verser un loyer. Pendant la vie commune, les conjoints contribuent aux dépenses du

41. *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 16.1(1).
42. 2020 QCCA 1587. Par souci de transparence, mentionnons que nous avons agi à titre de consultant dans ce dossier auprès de l'intimée et de sa procureure.
43. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, 2013 CSC 5. Pour une analyse de cet arrêt, voir Alain ROY, « Affaire *Éric* c. *Lola* : une fin aux allures de commencement », (2013) 1 *C.P. du N.* 259.

ménage en proportion de leurs revenus respectifs. Chacun d'eux maintient des comptes bancaires distincts où sont versés ses revenus, exception faite d'un compte conjoint dédié aux paiements de l'hypothèque de la résidence familiale qu'ils vont acquérir en parts égales en juillet 2000[44].

Le premier enfant du couple vient au monde en 2001, et le second, en 2003. Madame, qui occupe le même emploi depuis le début de la vie commune, bénéficie de congés de maternité de quelques mois. En 2004, elle réduit son activité professionnelle à trois jours par semaine, pour revenir quelque temps plus tard à quatre jours. Après avoir passé les étés de 2005, de 2006 et de 2007 à la maison, elle se prévaut en 2007 d'un congé sans solde à des fins familiales. Elle retourne au travail en septembre 2011 à raison de deux jours par semaine.

La situation de Monsieur se résume simplement. Au début de la relation, il travaille comme employé au sein d'une entreprise. En septembre 2000, il quitte son emploi pour se lancer en affaires avec des associés. Il consacrera dès lors l'essentiel de son temps au développement de son entreprise, laissant Madame se charger seule des tâches liées à la résidence familiale et aux soins des enfants. Après quelques échecs, Monsieur et ses associés connaissent un vif succès. Profitant de cette réussite, Monsieur diminuera considérablement ses heures de travail à compter de 2007 pour se consacrer à ses propres loisirs et aux activités des enfants.

En 2012, l'entreprise est vendue pour 65 M $, la part nette de Monsieur s'élevant à 17 M $. Quelques mois plus tard, il rompt sa relation avec Madame. En juin 2015, celle-ci intente un recours en enrichissement injustifié devant la Cour supérieure, réclamant à son ex-conjoint une indemnité de 3,5 M $. Au moment de la demande, le patrimoine de Monsieur vaut un peu plus de 22 M $, alors que Madame 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 Monsieur a accepté de lui verser.

---

44. Le prix d'achat de la maison est de 188 923 $; la mise de fonds est de 70 000 $, Madame y participant à hauteur de 14,3 %. Les parties contribuent aux paiements hypothécaires tous les mois en proportion de leurs revenus jusqu'en 2005, année à compter de laquelle Monsieur paiera seul le solde de l'hypothèque. Il assumera aussi seul les coûts pour la rénovation de la maison entre 2005 et 2008.

Le jugement de la Cour supérieure[45]

En première instance, le juge Robert Mongeon accorde à Madame une somme de 3,4 M $ sur la base des enseignements dégagés par la Cour suprême en matière d'*unjust enrichment* et de *constructive trust* (fiducie par interprétation) dans les arrêts *Kerr* c. *Baranow* et *Vanasse* c. *Seguin* (ci-après « *Kerr* »)[46]. Rendus conformément aux principes de common law qui prévalent dans les autres provinces canadiennes, ces arrêts décrivent l'approche qui s'impose lorsque l'union des conjoints peut être assimilée à une « coentreprise familiale » :

> [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.[47]

---

45. *Droit de la famille – 182048*, 2018 QCCS 4195 (ci-après « jugement de première instance »). Pour une analyse de cette décision, voir Alain ROY, « Quel droit pour les familles d'aujourd'hui et de demain ? », (2019) 121 *R. du N.* 1, 18 et s.
46. Les deux instances – en provenance de la Colombie-Britannique et de l'Ontario – font partie du même arrêt, référencé à *Kerr* c. *Barrow*, 2011 CSC 10, mais concernent des situations différentes. Le juge Mongeon s'exprime ainsi :
[101] Le dossier *Kerr* repose sur une union de plus de 25 ans de vie commune. Les deux conjoints ont travaillé toute leur vie et ont contribué de diverses façons à leur bien-être commun. L'analyse de leurs droits se fait dans un contexte de recherche du *"rôle"* que peuvent jouer l'intention commune et les attentes raisonnables des parties.
[102] Le dossier *Vanasse* repose sur une union de fait de 12 ans seulement au cours de laquelle deux enfants sont nés. Se basant sur la théorie de l'enrichissement injustifié, le juge du procès, fort de l'admission de son conjoint qu'il s'était effectivement enrichi suite aux contributions de sa conjointe, a reconnu à cette dernière un intérêt participatif résultant non pas d'un calcul de la valeur pécuniaire des services rendus mais plutôt d'une contribution à titre de *" co-entrepreneure"*.
[103] Le pourvoi *Kerr/Vanasse* porte donc sur deux situations factuelles différentes mais qui visent toutes deux à corriger la même iniquité résultant du déséquilibre financier dans lequel les membres de ces deux couples se retrouvent à la fin de la vie commune.
Voir : Michel TÉTRAULT, « Commentaire sur la décision *Droit de la famille – 201878* – L'enrichissement injustifié, la provision pour frais et l'attribution d'un droit de propriété : quand la Cour d'appel dépasse le législateur par la gauche en utilisant la mixité entre la common law et le droit civil », *Repères*, janvier 2021, *La référence*, EYB2021REP3201.
47. *Kerr,* par. 7.

Selon la Cour suprême, la qualification de la relation des conjoints à titre de « coentreprise familiale » est une question de fait qui doit être appréciée en fonction de quatre facteurs, soit l'« effort commun », l'« intégration économique », l'« intention réelle » et 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.[48]

48. *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, pourrait fort bien écarter cette conclusion » : *Kerr,* 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 »[49] durant la relation. 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 »)[50], mais à un pourcentage de la valeur nette du patrimoine du conjoint enrichi (« valeur accumulée »)[51].

Aux yeux du juge Mongeon, la preuve démontre l'existence d'un apport de Madame à l'enrichissement de Monsieur. N'eût été l'implication de sa conjointe au foyer, celui-ci n'aurait jamais pu bénéficier de la liberté d'action nécessaire à la mise sur pied et au développement de son entreprise. De l'avis du juge, les faits mis en preuve suggèrent clairement l'existence d'un projet commun ou d'une coentreprise familiale au sens de l'arrêt *Kerr* : « les parties ont vécu ensemble durant 16 ans, ont eu deux enfants, et ont eu un projet de vie commune durant lequel l'appelant s'est enrichi et l'intimée s'est appauvrie essentiellement en raison de son apport en soins à la famille, principalement de la naissance du premier enfant [en 2001] jusqu'en 2007 »[52].

Le juge Mongeon attribue donc à Madame une indemnité équivalant à 20 % de la valeur nette du patrimoine de Monsieur à la date de la séparation, soit 3,4 M $[53]. Cette proportion représente le seuil minimal de la fourchette à l'intérieur de laquelle la jurisprudence situe jusqu'à maintenant les indemnités accordées en pareilles circonstances, le seuil maximal s'établissant à 45 %[54].

Le jugement de la Cour d'appel

Aux dires de Monsieur, le juge Mongeon a littéralement usurpé le rôle du législateur. En voulant combler le soi-disant vide juridique

49. *Kerr*, par. 80.
50. 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.
51. *Kerr*, par. 55 et s.
52. C'est ainsi que la Cour d'appel résume, au par. 18, la conclusion du juge Mongeon.
53. Le juge Mongeon déduit de cette somme les avantages que Madame a reçus durant la vie commune, soit la valeur de son fonds de pension, la somme que Monsieur lui a versée afin de le combler, les 100 000 $ et la valeur de l'automobile qu'il lui a donnée au moment de la séparation et la valeur nette qu'elle a accumulée à cette date : par. 157 (jugement de première instance).
54. Par. 153 (jugement de première instance).

dont l'union de fait est l'objet[55], il aurait ignoré l'arrêt *Lola*[56], aux termes duquel la Cour suprême a reconnu « la validité constitutionnelle du choix du législateur québécois de ne pas soumettre les conjoints de fait à quelque régime de type matrimonial que ce soit afin de respecter l'autonomie de chacun d'eux »[57].

Sous la plume du juge Stéphane Sansfaçon[58], la Cour d'appel reconnaît d'entrée de jeu la prérogative du législateur d'aménager les régimes juridiques applicables aux différents types d'union en fonction des valeurs sociétales qu'il souhaite promouvoir :

> Il ne fait aucun doute que l'adoption de régimes juridiques et l'étendue des protections accordées aux justiciables, dont les conjoints mariés, les conjoints unis civilement et les conjoints de fait, relèvent de la sagesse du législateur, et non du pouvoir judiciaire. Il s'agit là, comme à bien d'autres égards, de questions complexes qui tiennent compte de bon nombre de valeurs sociétales souvent contradictoires et qui sont susceptibles d'évoluer avec le temps. Le Québec d'aujourd'hui est différent de celui d'il y a seulement quelques années et celui de demain le sera tout autant, en espérant le mieux. Le législateur est la branche de l'État qui possède la compétence pour décider s'il y a lieu de mettre en place des règles applicables aux relations de couple, pour décider de leur portée et pour les modifier. Ses représentants élus sont non seulement certainement mieux placés et mieux outillés que les juges pour évaluer la pertinence et les effets de telles interventions, il s'agit là de leur rôle et non celui des tribunaux.[59]

Cette précision faite, la Cour d'appel rejette promptement la prétention de Monsieur, considérant que « la doctrine de l'enrichissement injustifié ne [...] met pas en place à l'égard des conjoints de fait les règles du patrimoine familial applicables aux conjoints mariés ou unis civilement, [ni] leur impose une société d'acquêts »[60].

---

55. Les propos du juge Mongeon (par. 2 du jugement de première instance) ont évidemment alimenté cette prétention : « 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 [...]. Le Tribunal ose penser que le but recherché étant de corriger, le cas échéant, une iniquité, le juge doit faire preuve de discrétion judiciaire, face à une absence de critères législatifs applicables étant donné que les gouvernements provinciaux en général – et celui du Québec en particulier – ont négligé ou refusé de légiférer en la matière. »
56. *Québec (Procureur général)* c. *A.*, 2013 CSC 5.
57. Par. 21.
58. Les juges Manon Savard et Claudine Roy souscrivent aux motifs du juge Sansfaçon. La juge Savard ajoute toutefois ses propres motifs (par. 155), auxquels souscrit le juge Sansfaçon.
59. Par. 28.
60. Par. 75.

Pour justifier l'application en droit québécois des enseignements issus de l'arrêt *Kerr*, la Cour d'appel traite ensuite de la « perméabilité de la common law canadienne et du droit civil en matière d'enrichissement injustifié » :

> [I]l y a lieu de reconnaître la capacité du droit civil de s'adapter au changement de la société et, à l'occasion, d'intégrer les notions empruntées à d'autres systèmes de droit, à la condition de pouvoir y trouver une assise. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour suprême dans *Cie Immobilière Viger Ltée c. L. Giguère Inc.* à l'égard de la doctrine de l'« enrichissement sans cause ». Depuis, et à la suite de sa codification dans le *Code civil*, cette doctrine de l'enrichissement injustifié s'est fait reconnaître à titre d'institution à part entière qui trouve son utilité comme outil permettant de combler certaines situations non spécifiquement prévues dans le *Code civil*, qui, bien que se voulant le plus exhaustif possible, ne peut pas tout prévoir.[61]

La pierre d'assise, précise la Cour d'appel, réside dans l'équité. La recherche de l'équité, dans le sens générique du terme, « devrait transcender tout système de droit »[62], y compris le droit civil codifié. Il revient aux tribunaux de trouver une « assise » à l'équité, une « base solide », le « mécanisme approprié qui y répond plus facilement » ou qui se révélerait « utile dans l'arsenal judiciaire »[63]. Pour la Cour d'appel, « la doctrine de l'enrichissement injustifié existe précisément afin de pallier les injustices lorsque aucune autre loi ne le permet »[64]. Comme l'approche prescrite par la Cour suprême dans l'arrêt *Kerr* repose sur l'équité, rien ne s'oppose donc à ce qu'on l'intègre au droit civil québécois. La Cour d'appel insiste toutefois sur l'importance d'en ajuster les contours en fonction des spécificités juridiques du droit québécois de l'union de fait :

> Comme on l'a vu, le législateur a choisi la voie de la liberté des conjoints de fait de se marier ou de s'unir civilement et ainsi se soumettre à toute une série de droits et d'obligations l'un envers l'autre, ou encore de ne pas le faire et d'être libres de gérer leur union et leurs rapports économiques comme ils l'entendent. On ne peut ignorer cette position prise par l'État de ne pas contraindre – certains diront protéger – les conjoints de fait par un régime juridique particulier. Dans cette perspective, je crois qu'il y a lieu de se garder d'adopter une lecture trop libérale des facteurs énoncés par la Cour suprême dans *Kerr*,

61. Par. 41 (notes omises).
62. Par. 45.
63. *Ibid.*
64. Par. 69. La Cour d'appel fait ainsi siens les propos que tient le juge Cromwell dans l'arrêt *Kerr* aux par. 83-84.

> laquelle est susceptible de mener à la mise en place au Québec d'un régime de protection des conjoints de fait par le pouvoir judiciaire qui irait à l'encontre de la volonté de la branche législative de l'État. L'arrêt *Kerr* et les facteurs qui y sont proposés afin de déterminer si les conjoints de fait ont intégré leurs affaires au point où leur union peut être qualifiée de coentreprise familiale ne doivent pas être vus comme une façon de transformer toutes les unions de fait de la province en une nouvelle catégorie de personnes « mariées » à l'égard de leur patrimoine. Par exemple, la longue durée d'une union de fait ou la décision de conjoints de fait d'avoir des enfants ne transforme pas de ce seul fait leur union « libre » en une coentreprise familiale, bien que ces facteurs puissent être tenus en compte lors de l'analyse de la nature de la relation. De façon similaire, les conjoints de fait qui auront choisi de ne pas s'unir par les liens du mariage (ou de l'union civile) par principe ou dans une volonté de demeurer indépendants (économiquement ou autrement) l'un de l'autre, et qui auront agi en fonction de cette volonté, ne pourront, sans la preuve d'autres facteurs qui devront alors être réellement significatifs, que rarement faire qualifier leur union de coentreprise familiale.[65]

La Cour d'appel traite ensuite de la règle civiliste voulant que l'appauvri ne puisse recevoir une indemnité excédant la moindre des deux valeurs que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement[66]. Cette règle, affirme la Cour, demeure toujours pertinente et applicable, mais dans un contexte de coentreprise familiale où la méthode de la valeur accumulée doit être appliquée, l'appauvrissement ne doit pas être limité à la perte de revenus ou de gain de l'appauvri; il équivaudra, comme l'a décidé la Cour suprême, à la « rétention injuste [par le conjoint enrichi] d'une part disproportionnée de la richesse accumulée pendant l'union »[67]. En présence d'une coentreprise familiale, l'appauvrissement dont il est question à l'article 1493 C.c.Q. « peut très bien être défini comme le pendant de l'enrichissement qui découle des services donnés par l'appauvri au conjoint enrichi »[68] :

> [...] en présence d'une telle réalité [coentreprise familiale] établie par les parties à une telle union et alors que le conjoint s'est appauvri, par

65. Par. 86-87.
66. Sur cette règle dégagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée* c. *L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, voir notamment Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 575-576 et Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA (dir.), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 556, p. 649.
67. *Kerr*, par. 80.
68. Par. 101.

> exemple en effectuant seul ou en majeure partie pendant une durée significative les travaux domestiques et en assumant seul ou en majeure partie les charges physiques et mentales associées à la responsabilité d'élever des enfants et à leur éducation, de sorte à permettre à l'autre conjoint de faire fructifier les aspects financiers de leur union, la valeur attribuée à cet appauvrissement peut très bien équivaloir à la valeur de l'enrichissement à laquelle la contribution correspond. La règle de la moindre des deux valeurs est alors respectée, puisque l'une est égale à l'autre. Si, dans un tel cadre, l'appauvrissement a permis l'enrichissement, l'indemnité devrait alors lui équivaloir.[69]

Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, la Cour d'appel confirme le jugement de première instance : Monsieur s'est indubitablement enrichi durant la relation, alors que Madame s'est appauvrie. Pour évaluer l'appauvrissement, nous dit la Cour, il faut tenir compte « du projet de vie dans lequel les parties se sont engagées et des sept années passées pendant lesquelles l'intimée [Madame] s'est occupée des tâches de toute la maisonnée afin de libérer l'appelant [Monsieur] de sorte qu'il puisse s'affairer à la croissance de ses entreprises »[70]. Il faut en déduire que Monsieur « a quitté la relation […] avec une part disproportionnée de la richesse accumulée grâce aux efforts communs des parties, chacune dans son champ d'activités »[71]. Sur le lien de corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement – critère essentiel à la réussite du recours en enrichissement injustifié –, la Cour d'appel s'en remet aux présomptions jurisprudentielles applicables. Depuis l'arrêt *Peter* c. *Beblow*[72], est-il utile de le préciser, ce lien est présumé dans le cadre d'unions de fait de longue durée. Or, la preuve soumise par Monsieur n'a pas permis d'en infirmer l'existence[73].

Tout comme le juge Mongeon, la Cour d'appel estime qu'une coentreprise familiale a existé entre Monsieur et Madame. Rappelant l'importance de « considérer chaque affaire au cas par cas et selon son propre mérite »[74], la Cour identifie certains indices révélateurs :

> Le seul fait pour des conjoints de fait d'élever ensemble des enfants ne transforme pas leur relation en coentreprise familiale. […] Certains

69. *Ibid.*
70. Par. 117.
71. *Ibid.*
72. [1993] 1 R.C.S. 980.
73. Par. 17 et 118.
74. Par. 126.

> éléments militaient pour la reconnaissance d'une coentreprise. En l'espèce, bien que les parties aient bénéficié du même train de vie, elles n'y contribuaient pas à parts égales, mais plutôt en proportion de leurs revenus respectifs. De même, bien qu'elles fussent toutes deux propriétaires à parts égales de la maison, les remboursements du prêt hypothécaire étaient effectués tous les mois en proportion de leurs revenus respectifs, et c'est Monsieur seul qui, en 2005, a remboursé seul le solde. Ces éléments pointent en direction de l'instauration d'un projet commun allant au-delà du seul projet d'avoir des enfants.[75]

La Cour d'appel insiste de manière toute particulière sur le critère de l'« intention réelle » établi dans l'arrêt *Kerr*, et pour cause : « s'il est un critère qui, au Québec en particulier, a son importance vu l'historique de non-intervention législative à l'égard des conjoints de fait, c'est bien celui de l'intention réelle des parties, vu le respect qui est dû à leur autonomie »[76]. Or, selon la Cour, la preuve soumise au juge Mongeon a permis de démontrer que Monsieur comprenait, et convenait, que le rôle de Madame à la maison et auprès des enfants durant la période s'échelonnant de 2001 à 2007 avait été accompli « dans un but commun de non seulement fonder une famille, ce qui est l'apanage de toute décision d'avoir des enfants qui n'emporte pas à lui seul la création d'une coentreprise familiale, mais aussi dans le but d'arriver à un certain résultat, qui était "de partager la richesse qu'elles ont créée ensemble"[77] ». De l'aveu même de Monsieur, rappelle la Cour, Madame « assurait les deux rôles parentaux à la fois et misait aussi sur la réussite du projet pour mener une vie plus aisée »[78].

Sur la base de ces considérations, la Cour d'appel confirme donc le jugement de première instance en ordonnant à Monsieur de verser à son ex-conjointe de fait une indemnité représentant 20 % de la valeur nette de son patrimoine à la date de la séparation, soit 3,4 M $[79].

---

75. Par. 126.
76. Par. 131.
77. Par. 130.
78. *Ibid.*
79. Comme le juge Mongeon, la Cour d'appel déduit de cette somme les avantages que Madame a reçus durant la vie commune, soit la valeur de son fonds de pension, la somme que Monsieur lui a versée afin de le combler, les 100 000 $ et la valeur de l'automobile qu'il lui a donnée au moment de la séparation et la valeur nette qu'elle a accumulée à cette date : par. 138. Voir *supra*, note 52.

2.1 Pas un « régime matrimonial judiciaire » sui generis, *mais...*

Il est intéressant de noter l'insistance avec laquelle la Cour d'appel rappelle les principes d'autonomie de la volonté et de libre choix qui caractérisent la politique législative du Québec en matière conjugale. Ces principes, répète-t-elle à plusieurs reprises, ne sont nullement compromis par l'intégration en droit québécois de la théorie de la coentreprise familiale[80]. La Cour cherche visiblement à convaincre, à persuader, sachant toutefois que le pari est loin d'être gagné. Dans ses motifs additionnels, la juge Savard le reconnaît d'ailleurs à demi-mot :

> Je termine en reprenant à nouveau les propos du juge Gonthier, qui écrivait ce qui suit à l'égard de conjoints mariés :
>
> > Les tribunaux doivent donc arriver à corriger les injustices conformément à l'objet de la loi, sans pour autant anéantir la liberté de choix des époux dans la mesure où le législateur avait choisi de la maintenir. L'exercice n'est pas facile [...]
>
> Ces propos s'appliquent aussi bien à la voie d'action de l'enrichissement injustifié à l'égard de conjoints de fait à qui, à ce jour, le législateur a laissé cette liberté de choix.[81]

L'exercice n'est pas facile, soit, mais est-il au moins possible ? Le principal élément que la Cour d'appel identifie à l'appui de la coentreprise familiale est l'« intention réelle » des parties « d'arriver à un certain résultat, soit de partager la richesse qu'elles ont créée ensemble », peu importe la nature de leur contribution respective. Si la preuve de cette « intention réelle » trouve en l'espèce appui dans l'aveu de Monsieur, elle se révélera généralement de manière beaucoup plus subtile à travers les agissements des conjoints, leurs comportements, leur *modus operandi*[82]. Visiblement consciente des

80. Par. 28 et s., par. 86.
81. Par. 173 (note omise).
82. « L'analyse devra donc porter sur la façon dont les parties ont réellement vécu » : par. 83. À la note 110, la Cour cite la professeure Christine Morin : « Le concept de coentreprise familiale permet ainsi une compensation financière davantage fondée sur la réalité vécue par ces couples en union de fait dont la relation s'apparentait, *de facto*, à celle de plusieurs conjoints mariés ou unis civilement » : Christine MORIN, « Coentreprise familiale et société tacite : concepts

(à suivre...)

dérives auxquelles l'exercice pourrait mener, la juge Savard y va des avertissements suivants :

> [...] il ne faut pas comprendre que la décision de conjoints de fait d'avoir des enfants entraînera nécessairement et pour autant une coentreprise familiale. En principe, le fait de fonder une famille donne lieu à un partage de responsabilités entre les parents, qui peut prendre différentes formes, selon leurs intérêts et habiletés respectifs. Tous les parents, qu'ils soient conjoints de fait, mariés ou unis civilement, devraient être en mesure de s'appuyer l'un sur l'autre et de partager l'exercice de leurs obligations et responsabilités envers leurs enfants, selon des règles qui leur sont propres et qui conviennent à leurs attentes respectives [...] La réalité de chaque couple lui est propre et il importe de ne pas confondre cette notion de collaboration avec la théorie de la « coentreprise familiale ».[83]

Quoiqu'en dise la Cour d'appel, dans les unions de longue durée dont un ou plusieurs enfants sont issus, des juges « interventionnistes » vont inévitablement puiser dans la complémentarité des rôles parentaux[84] et la dynamique d'interdépendance[85] qui en résulte pour déceler des manifestations d'« intention réelle » et, partant, de coentreprise familiale[86]. Leur propension tout à fait légitime à valoriser le travail au foyer et à lutter contre la féminisation de la pauvreté colorera nécessairement leur analyse[87].

(...suite)
distincts pour réalités distinctes », *Repères*, juin 2015, *La référence*, EYB2015REP1743. Au par. 122, la Cour affirme que l'intention réelle peut être expressément exprimée par les parties ou être inférée de leur conduite.

83. Par. 171-172.
84. Rappelons que, en l'espèce, la Cour d'appel estime que le simple fait pour les conjoints de répartir les dépenses au prorata de leurs revenus « point[e] en direction de l'instauration d'un projet commun », alors même qu'ils ont maintenu des comptes bancaires distincts tout au long de leur relation dans lesquels leurs salaires respectifs étaient versés (à l'exception d'un compte conjoint consacré aux paiements de l'hypothèque de la maison qu'ils ont achetée en copropriété indivise en juillet 2000). La Cour reconnaît paradoxalement que la détention de comptes séparés joue en défaveur d'une coentreprise familiale (par. 123).
85. Rappelons que l'un des critères de la coentreprise familiale est d'ailleurs l'« intégration », un concept voisin de l'interdépendance.
86. Au par. 86, la Cour écrit : « [...] la longue durée d'une union de fait ou la décision de conjoints de fait d'avoir des enfants ne transforme pas de ce seul fait leur union "libre" en une coentreprise familiale, bien que ces facteurs puissent être tenus en compte lors de l'analyse de la nature de la relation. »
87. Une propension appuyée par la jurisprudence de la Cour suprême, tant en mariage qu'en union de fait. Voir les arrêts *Moge* c. *Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, 853-854 et *Peter* c. *Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, 993-994, auxquels se réfère d'ailleurs la Cour d'appel aux par. 88 et 89.

Pour la Cour d'appel, l'absence de présomption d'« intention réelle » des conjoints de partager la richesse permet de faire échec au parallèle que certains pourraient vouloir tracer entre la théorie de la coentreprise familiale et le régime matrimonial qui s'applique entre les époux du seul fait de leur mariage[88]. Si cette conclusion s'avère théoriquement incontestable, la pratique judiciaire à laquelle donne prise la marge d'appréciation des indices d'« intention réelle » pourrait bien en infléchir la portée… S'il y a une chose que nous apprend l'étude de la jurisprudence en matière d'enrichissement injustifié, c'est bien le caractère tout à fait relatif des affirmations de principe en provenance des tribunaux, y compris des instances supérieures. L'intégration en droit québécois de la théorie de la coentreprise familiale en constitue d'ailleurs la preuve, comme en témoignent les propos de la juge Savard :

> […] le passage du temps et certainement l'influence de jugements de la Cour suprême dans des affaires de *common law* ont mené à une conception, possiblement plus libérale, de la notion d'appauvrissement et, par conséquent, de l'indemnité à laquelle l'article 1493 *C.c.Q.* renvoie.
>
> Il faut reconnaître que la méthode de la valeur accumulée et la notion de la « coentreprise familiale » émanant de ces décisions de *common law* [*Peter* et *Kerr*] s'inscrivent « en marge d'une lecture rigoureusement civiliste » de l'article 1493 *C.c.Q.* Toutefois, tout comme mon collègue, j'estime qu'elles s'inscrivent dans l'objectif de cette voie d'action et respectent l'évolution sociétale entourant le partage et la valeur des responsabilités relatives à l'entretien et l'éducation des enfants, ainsi qu'aux travaux domestiques.[89]

L'absence de présomption d'« intention réelle » dans les unions de fait de longue durée avec enfants résistera-t-elle à l'épreuve du temps ? Compte tenu de la marge d'appréciation judiciaire dont se prévaudront inévitablement les juges qui, à l'instar du juge Mongeon, s'indignent devant le « refus » ou la « négligence » du législateur d'assurer une protection adéquate aux conjoints de fait[90], il est permis d'en douter. Si nos prédictions devaient s'avérer exactes, le parallèle entre la théorie de la coentreprise familiale et le régime supplétif applicable en mariage deviendrait réalité. Dans cette perspective, les conjoints désireux de maintenir leurs actifs respectifs à l'abri de tout partage seraient naturellement incités à signer un

88. Voir notamment ce qu'écrit la Cour aux par. 75 et 82.
89. Par. 162-163.
90. Voir *supra*, note 54.

contrat en bonne et due forme[91], à l'image des époux qui conviennent d'une séparation de biens par contrat de mariage pour se soustraire à la société d'acquêts.

Malgré les assurances données par la Cour d'appel, et au-delà des faits de l'espèce où, répétons-le, l'aveu de Monsieur appuyait clairement l'existence d'une « intention réelle de partager la richesse »[92], les principes d'autonomie de la volonté et de libre choix que préconise l'État québécois en matière d'union de fait pourraient donc s'éroder au fil du temps, du moins au sens où on les conçoit traditionnellement[93].

2.2 Pourquoi 20 %, pourquoi 45 %... et pourquoi pas 50 % ?

Acceptant de concevoir l'union de Monsieur et de Madame sous l'angle d'une coentreprise familiale, le juge Sansfaçon confirme en peu de mots la décision du juge Mongeon d'attribuer une indemnité représentant 20 % de la richesse accumulée par Monsieur durant la période de référence :

---

91. Évidemment, une telle présomption pourrait être renversée par toute autre preuve circonstancielle, comme c'est le cas des présomptions issues de l'arrêt *Peter* (voir *Amyot* c. *Paquette*, 2008 QCCA 1130), mais contrairement aux circonstances, l'écrit serait certainement perçu comme constituant une garantie plus sûre. Garantie que les tribunaux pourraient toutefois estimer relative, considérant le fait que, sauf indication législative contraire, leur pouvoir de mettre de côté un contrat qui ne reflète pas la *réalité vécue* des parties reste intact. Pour une analogie avec les « prenuptial agreement » en common law, voir Alain ROY, « Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe », (2006) 51 *R.D. McGill* 66.
92. Par. 127 et s.
93. Soulignons qu'on pourrait toujours prétendre qu'une présomption d'« intention réelle » respecte les principes d'autonomie de la volonté et de libre choix, dans la mesure où il est effectivement possible pour les conjoints de fait de la renverser par leur volonté expresse ou induite. Il n'en demeure pas moins qu'une telle approche réduirait la portée de ces principes. À ce propos, on peut citer la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Lola* : « Un régime protecteur qui s'appliquerait par défaut, à moins d'une volonté expresse contraire, aurait pour effet d'englober tous les couples. Même si les conjoints de fait pouvaient choisir de s'y soustraire, ce modèle donnerait aux couples un choix plus restreint que ne le fait le modèle québécois actuel. En effet, les conjoints de fait qui voudraient se prévaloir du droit de se soustraire au régime seraient tenus de s'entendre à ce sujet et de poser des gestes concrets pour arriver à leurs fins. Au contraire, le modèle québécois actuel permet aux couples de ne pas être assujettis aux obligations prescrites par l'État tout simplement en ne se mariant pas. La zone exempte de l'intervention de l'État créée par le modèle québécois est donc plus étendue qu'elle ne le serait dans le contexte d'un régime d'application par défaut » : *Québec (Procureur général)* c. *A.*, 2013 CSC 5, par. 443.

> Afin d'établir ce taux de 20 %, le juge tient compte du fait que les efforts disproportionnés de [Madame] n'ont été fournis que durant la période de 2000 à 2007. Je suis d'accord avec cette approche.[94]

Après analyse de la jurisprudence québécoise, rappelons-le, le juge Mongeon a estimé que l'indemnité à laquelle le conjoint appauvri pouvait avoir droit en vertu de la méthode de la valeur accumulée devait se situer à l'intérieur d'une fourchette variant entre 20 % et 45 %, « 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 »[95].

L'établissement de la valeur de l'indemnité n'est quand même pas chose banale. Il aurait donc été souhaitable que la Cour d'appel balise davantage le cadre d'analyse applicable. Tout ce que l'on peut déduire du jugement rendu, c'est qu'une période de sept ans n'est pas suffisamment longue pour faire bouger le curseur à la hausse. La Cour d'appel néglige par ailleurs de mentionner si d'autres facteurs que la durée de l'union ou, plus précisément, de la période pendant laquelle la coentreprise familiale aura existé, pourraient s'avérer pertinents. Qu'en est-il de la présence d'enfants et, le cas échéant, de leur nombre ? De l'ampleur de la richesse accumulée ? De la nature de la contribution du conjoint appauvri ? Autant de questions laissées sans réponse.

D'ailleurs, on peut se demander pourquoi les tribunaux ont plafonné l'indemnité à laquelle peut donner droit une coentreprise familiale à 45 %… Pourquoi pas 50 % ? Est-ce par crainte d'un trop grand rapprochement avec le régime législatif qui gouverne le mariage, où prévaut la norme du partage égalitaire ? Il est permis de le croire. En voulant assurer aux conjoints de fait une protection que le législateur tarde à leur procurer, les juges marchent sur des œufs et ils en sont clairement conscients. De là les précautions qu'ils pourront déployer pour repousser les prétentions de ceux qui les accuseront de s'approprier un pouvoir qui ne leur appartient pas. De là leur insistance à rappeler l'importance des principes d'autonomie de la volonté et du libre choix voulus par le législateur en matière d'union de fait. Et de là les « stratégies » visant à prévenir les rapprochements trop faciles avec les dispositions qui gouvernent le mariage.

---

94. Par. 140.
95. Par. 148 (jugement de première instance).

CONCLUSION

Tant en matière de filiation que de conjugalité, les tribunaux sont de plus en plus appelés à repousser les limites de règles qui heurtent les nouvelles réalités familiales. Les deux arrêts analysés dans le présent texte en témoignent éloquemment. Érigé sur la base de valeurs qui ne correspondent plus nécessairement aux aspirations sociales actuelles, le droit de la famille québécois a atteint sa date de péremption, et depuis déjà longtemps.

Dans le cadre de son analyse prospective publiée en 2007[96], la professeure Marie Pratte a su dégager les différentes pistes d'évolution du droit de la famille. Intitulé « La situation juridique de la famille de 2020 – Liberté, égalité, solidarité ? », son texte esquisse les « différents futurs possibles » du droit de la famille. Prudente, la professeure Pratte a pris soin de présenter chaque futur à la disposition du législateur. Ainsi, en matière conjugale, l'auteure expose deux portraits, celui d'un droit forgé dans le prolongement de la mouvance protectionniste et solidariste, et celui d'un droit érigé sur la base de l'approche autonomiste. Comme nous l'avons vu, ces deux axes s'entrecoupent constamment dans l'arrêt *Droit de la famille – 201878*. En matière de filiation, de parenté et de parentalité, la professeure Pratte a anticipé les différents enjeux au centre de l'arrêt *Droit de la famille – 19167* en soulevant les questions relatives au nombre maximal de parents pouvant être attribués à un enfant et à la légalité des « conventions de coparenté » alors émergentes.

La professeure conclut son texte en évoquant le « scénario du pire », celui de l'inertie :

> Le droit continuerait alors à évoluer au gré des tendances contradictoires, sans véritable politique d'ensemble. Sans cohérence interne, il risquerait de perdre toute efficacité, causant des ruptures, au lieu de favoriser des rapprochements, et engendrant des problèmes, au lieu de les prévenir et de les apaiser.[97]

96. Marie PRATTE, « La situation juridique de la famille de 2020 – Liberté, égalité, solidarité ? », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITODEAU (dir.), *La famille à l'Horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 401.
97. *Ibid.*, p. 429.

Treize ans plus tard, c'est malheureusement ce scénario qui s'est concrétisé. Et ce sont les tribunaux qui, bien malgré eux, se voient confier la gestion de ces ruptures et de ces problèmes. Les justiciables méritent mieux; ils méritent un droit clair, un droit cohérent, un droit efficace. Un droit capable de favoriser des rapprochements et de prévenir des différends[98]. Voilà la mission qui incombe aujourd'hui au législateur québécois.

98. C'est là un des principes phares du nouveau droit de la procédure civile dont fait état la disposition préliminaire du *Code de procédure civile*.