

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DE LA FAMILLE

Andréanne MALACKET

Volume 119, Number 1, 2017

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043200ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043200ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

MALACKET, A. (2017). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DE LA FAMILLE. *Revue du notariat*, 119(1), 1–41. <https://doi.org/10.7202/1043200ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2016 EN DROIT DE LA FAMILLE

Andréanne MALACKET*

INTRODUCTION	3
1. De l'établissement judiciaire de la filiation	4
1.1 Possession d'état : réclamation d'état et filiation (in)attaquable	5
1.2 Adoption par consentement spécial et maternité pour autrui	7
2. Des effets civils du mariage religieux.	15
3. Des mesures accessoires à la rupture	20
3.1 Des aliments dus aux enfants	21
3.2 Des aliments dus à l'ex-conjoint	31
3.3 Du patrimoine familial	38
CONCLUSION	41

* LL.B., LL.M., avocate, chargée de cours en droit de la famille et doctorante en droit familial et des successions à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure souhaite remercier le professeur Alain Roy et M^e Sandra Daudelin, doctorante, pour leur relecture de ce texte et leurs commentaires.

INTRODUCTION

Au cours de l'année 2016, le droit de la famille a connu de nombreux rebondissements. Comme à l'habitude, les décisions des tribunaux ont été abondantes. Les médias se sont également saisis de dossiers singuliers, dont ceux relatifs aux mères porteuses et aux effets civils du mariage religieux, qui ont fait la manchette en cours d'année. De son côté, la ministre de la Justice a signifié, en juin dernier, ne pas vouloir aller de l'avant avec une réforme globale du droit de la famille¹, malgré les recommandations contenues au rapport déposé en juin 2015 par le Comité consultatif sur le droit de la famille (« CCDF »), présidé par le professeur Alain Roy². Cela dit, un projet de loi est présentement à l'étude à l'Assemblée nationale du Québec, ouvrant la porte à l'adoption assortie d'une reconnaissance des liens de filiation préexistants et consacrant le droit des enfants adoptés à la connaissance de leurs origines³.

Ces sujets d'intérêt et d'autres qui s'attachent au droit de la famille sont l'objet des décisions que nous avons sélectionnées pour constituer notre revue de la jurisprudence⁴. En premier lieu, nous verrons quatre décisions relatives à la filiation, plus spécialement sur la possession d'état et sur l'adoption par consentement spécial en contexte de maternité pour autrui. Nous examinerons ensuite le jugement *Alary*, une décision controversée qui analyse la portée juridique du mariage célébré par un ministre du culte. En troisième lieu, nous nous pencherons sur les mesures accessoires à la rupture. Nous présenterons ainsi quatre arrêts s'intéressant aux

1. À ce sujet, voir : Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « La réforme du droit familial paralysée », *Le Devoir*, 7 juin 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/472739/droit-de-la-famille-quebec-met-la-reforme-sur-la-glace>> (consulté le 30 janvier 2017).
2. 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.
3. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, projet de loi n° 113 (étude détaillée), 1^{re} sess., 41^e légis. (Qc).
4. Il s'agit d'une revue de jurisprudence sélective. De plus, nous ne discutons pas de tous les aspects examinés dans chacune des décisions mentionnées, étant entendu que nous nous concentrons sur les éléments dignes de mention, eu égard, notamment, à la pratique notariale.

aliments dus à l'enfant, notamment en ce qui a trait à la portée de l'obligation alimentaire du parent *in loco parentis* aux termes de la *Loi sur le divorce*⁵, à l'imputation d'un revenu suivant l'article 446 C.p.c. ainsi qu'à la rétroactivité des aliments et à l'annulation d'arrérages. Nous analyserons ensuite trois arrêts s'intéressant aux fondements compensatoire, non compensatoire et contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, pour conclure avec deux décisions relatives au partage du patrimoine familial.

1. De l'établissement judiciaire de la filiation

Bon an mal an, un certain nombre de décisions statuant sur des demandes en contestation ou en réclamation d'état sont rendues par les tribunaux. Le notaire appelé à conseiller des clients en telle matière aura avantage à connaître les décisions qui remettent en cause les principes qui ont encore cours aujourd'hui. C'est le cas de l'arrêt *Droit de la famille – 16245*⁶ qui, dans un *obiter dictum*, jette le doute sur la notion de possession d'état⁷. Quant aux mères porteuses, l'article 541 C.c.Q. énonce que « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ». En dépit de ce fait, le phénomène existe⁸ et fait l'objet de jugements de plus en plus fréquents de la Cour du Québec⁹, qui possède une compétence

5. L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Nous nous permettons d'omettre la référence complète à cette loi dans les pages qui suivent afin de ne pas trop alourdir le texte.

6. 2016 QCCA 180.

7. Selon l'article 524 C.c.Q., « [l]a 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. »

8. Il faut souligner que la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, n'interdit pas le recours aux mères porteuses. Les articles 6 et 7 de cette loi interdisent néanmoins la rétribution de la mère porteuse et la vente de gamètes, qui constituent des infractions de nature criminelle. L'encadrement de la maternité pour autrui appartient toutefois aux provinces, tel qu'en fait foi l'article 6(5) de cette loi.

9. Depuis 2007, on recense une vingtaine de décisions de la Cour du Québec, dont les suivantes, qui s'ajoutent à celles qui font l'objet du présent texte : *Adoption – 07219*, 2007 QCCQ 21504 ; *Adoption – 091*, 2009 QCCQ 628 ; *Adoption – 09184*, 2009 QCCQ 9058 ; *Adoption – 0932*, 2009 QCCQ 10234 ; *Adoption – 09558*, 2009 QCCQ 20292 ; *Adoption – 09185*, 2009 QCCQ 8703 ; *Adoption – 09367*, 2009 QCCQ 16815 ; *Adoption – 10329*, 2010 QCCQ 18645 ; *Adoption – 10489*, 2010 QCCQ 19971 ; *Adoption – 10330*, 2010 QCCQ 17819 ; *Adoption – 10539*, 2010 QCCQ 21132 ; *Adoption – 11329*, 2011 QCCQ 14777 ; *Adoption – 12464*, 2012 QCCQ 20039, inf. par *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162 ; *Adoption – 1342*, 2013 QCCQ 4585 ; *Adoption – 15410*, 2015 QCCQ 15938 ; *Adoption – 1590*, 2015 QCCQ 10185.

exclusive pour trancher les demandes d'adoption en première instance¹⁰, dont celles présentées par le parent d'intention qui souhaite adopter, sur présentation d'un consentement spécial, l'enfant conçu par le recours à une mère porteuse¹¹. Dans un tel cadre, le notaire est appelé à occuper une place de choix, étant compétent pour agir et représenter des clients dans les demandes non contestées en matière d'adoption¹². Trois décisions, soit *Adoption – 161*¹³, *Adoption – 1631*¹⁴ et *Adoption – 16199*¹⁵ ont retenu notre attention.

1.1 Possession d'état : réclamation d'état et filiation (in)attaquable

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 16245*¹⁶, la Cour d'appel du Québec rend un court jugement dans une affaire de réclamation et de contestation de paternité. Un test de paternité confirme que l'appelant est le père biologique de l'enfant. L'intimé figure néanmoins sur l'acte de naissance et agit comme père de l'enfant depuis la naissance. La seule question en litige consiste à déterminer si la possession d'état est acquise en faveur de l'intimé, de façon à ce que la filiation de l'enfant soit devenue inattaquable, suivant les termes de l'article 530 C.c.Q.¹⁷.

10. Art. 37 C.p.c.

11. D'apparence complexe, la mécanique s'avère plutôt simple. L'article 555 C.c.Q. prescrit : « [l]e consentement à l'adoption peut être général ou spécial. Le consentement spécial ne peut être donné qu'en faveur d'un ascendant de l'enfant, d'un parent en ligne collatérale jusqu'au troisième degré ou du conjoint de cet ascendant ou parent ; il peut également être donné en faveur du conjoint du père ou de la mère. Cependant, lorsqu'il s'agit de conjoints de fait, ces derniers doivent cohabiter depuis au moins trois ans. » Dans l'arrêt *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162, la Cour d'appel du Québec reconnaît la possibilité, pour la mère d'intention, d'établir sa filiation auprès de l'enfant conçu par le recours à une mère porteuse, et ce, après que son conjoint – père d'origine de l'enfant – et la mère porteuse eurent donné un consentement spécial à l'adoption en sa faveur en vertu de l'article 555 C.c.Q.

12. *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3, art. 15(7) ; art. 86 et 303(6) C.p.c.

13. 2016 QCCA 16.

14. 2016 QCCQ 6872.

15. 2016 QCCQ 8951.

16. Préc., note 6.

17. L'article 530 C.c.Q. prévoit :

« **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. »

L'appelant ne conteste pas que les trois éléments traditionnellement constitutifs d'une possession d'état – à savoir le nom, le traitement et la commune renommée¹⁸ – soient acquis à l'intimé. Or, il estime que le premier juge a erré en omettant d'analyser un quatrième élément, à savoir la constance de la possession d'état, qui requiert, selon la jurisprudence, une durée minimale de 16 à 24 mois¹⁹. De fait, l'appelant a signifié son recours alors que l'enfant était âgé de 11 mois, ayant par la suite amendé sa demande pour inclure l'enfant comme défendeur alors qu'il avait 14 mois.

Tout en rappelant que la déférence est de mise envers les tribunaux de première instance siégeant en matière familiale, la Cour d'appel est d'avis que le premier juge a erré en omettant d'analyser la constance de la possession d'état. Elle conclut que la possession d'état n'est pas constante et que la filiation de l'enfant demeure attaquable. Elle accueille la demande en contestation et en réclamation de paternité de l'appelant. La Cour d'appel écrit notamment :

La jurisprudence a rappelé à quelques reprises qu'une période de 16 mois était suffisante pour établir la constance de la possession d'état. En revanche, il ne s'agit pas d'un seuil minimal qui doit nécessairement être atteint dans tous les cas. Les auteurs Pineau et Pratte rappellent, par contre, que « on a, fort heureusement, toujours considéré qu'un délai de moins d'un an après la naissance de l'enfant était trop bref ». Ici, que l'on retienne la date d'introduction du recours ou celle de son amendement, le court délai ne permet pas de conclure à la constance de la possession d'état.²⁰

Il est étonnant de lire que le délai de 16 mois depuis la naissance de l'enfant ne constitue pas nécessairement un seuil minimal à atteindre pour conclure à la constance de la possession d'état. Il s'agit certes d'un *obiter dictum* qui reprend l'argument de l'intimé²¹ et qui n'était pas, en l'espèce, nécessaire pour décider du sort du litige. Or, il n'en demeure pas moins qu'il remet en question les principes établis jusqu'à ce jour, à savoir qu'une possession d'état ne sera pas considérée comme constante en deçà d'un délai de 16 mois. Il sera donc intéressant de voir l'interprétation que voudront bien donner à cet *obiter dictum* les tribunaux – notamment la Cour

18. À ce sujet, voir : Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 398, p. 608-613.

19. À ce sujet, voir la décision de principe *Droit de la famille – 737*, [1990] R.J.Q. 85 (C.A.).

20. *Droit de la famille – 16245*, préc., note 6, par. 11.

21. À ce sujet, voir : *ibid.*, par. 9.

d'appel – dans leurs prochaines décisions afin de déterminer si l'état du droit s'en trouve véritablement modifié. À ce sujet, il pourrait également être éclairant de se pencher sur la question de savoir si l'article 530 C.c.Q. exige la possession *constante* d'état puisque, contrairement aux articles 523 et 524 C.c.Q., le libellé de cette disposition n'en fait pas mention.

1.2 Adoption par consentement spécial et maternité pour autrui

Adoption – 161, 2016 QCCA 16

L'arrêt *Adoption – 161*²², rendu le 14 janvier 2016 par la Cour d'appel du Québec, statue sur l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse, sans que cette dernière ait été déclarée à l'acte de naissance de l'enfant. De fait, alors que l'intimé, père d'origine de l'enfant, déclare sa filiation au Directeur de l'état civil (« DEC »), la mère porteuse ne le fait pas. L'acte de naissance de l'enfant indique donc la filiation paternelle de l'intimé et une filiation maternelle « non déclarée ». Par conséquent, c'est seul et sans le concours de la mère porteuse que l'intimé signe un consentement spécial à l'adoption de son enfant en faveur de son conjoint, l'appelant. Pour le premier juge, il s'agit là d'un obstacle dirimant à l'adoption de l'enfant par l'appelant.

Selon la juge St-Pierre, qui écrit les motifs de la Cour, la seule véritable question en litige n'a pas trait à la portée de l'article 541 C.c.Q. Il s'agit plutôt de déterminer si la mère porteuse a l'obligation de déclarer sa filiation maternelle à l'égard de l'enfant et de se pencher, le cas échéant, sur les conséquences de l'absence d'une telle déclaration sur les droits du père et de l'enfant²³.

Tout en précisant qu'elle ne commente pas l'aspect moral d'une telle décision, la Cour conclut que la mère porteuse n'avait pas l'obligation de déclarer sa filiation maternelle. Elle ajoute qu'aucune sanction n'est prévue au *Code civil du Québec* en cas d'absence de déclaration de naissance et précise que les père et mère ne contrôlent ni le contenu du constat de l'accoucheur ni la confection de l'acte de naissance. Il reviendra donc au DEC de procéder à une enquête sommaire en vertu de l'article 130 C.c.Q. au moment de

22. Préc., note 13.

23. À ce sujet, voir : *ibid.*, par. 11-14 et 53.

dresser l'acte de naissance, le cas échéant. Or, en l'espèce, bien que la preuve permette de croire que le constat de l'accoucheur ait pu se révéler incomplet, le DEC n'a pas jugé utile de procéder à une telle enquête ou d'intervenir dans le cadre de la procédure malgré l'invitation transmise par la Cour. En conséquence, la Cour estime que les parties ne peuvent être tenues pour responsables ni de l'omission de l'accoucheur ni de la décision du DEC de ne pas faire enquête. Au surplus, elle mentionne que la mère porteuse avait exprimé sa volonté de ne pas déclarer sa filiation à l'égard de l'enfant de façon libre et éclairée, tant après l'accouchement que devant le tribunal. Le DEC a donc dressé l'acte de naissance sur la foi de la déclaration de naissance du père, qui ne contenait aucune mention contradictoire en lien avec le constat de naissance de l'accoucheur. L'acte ainsi dressé ne présuppose ni « fraude à la loi » ni « démarche illégale et contraire à l'ordre public »²⁴.

En *obiter dictum*, la Cour ajoute que si le consentement de la mère porteuse devait être obtenu pour permettre l'adoption de l'enfant par l'appelant, il faudrait conclure qu'un tel consentement se trouve au dossier de cour, ayant été valablement donné devant témoins – juge et avocats – en première instance, tel qu'il est requis par l'article 548 C.c.Q.²⁵. En somme, la Cour casse le jugement entrepris et autorise le placement de l'enfant en vue de son adoption par l'appelant.

Cet arrêt doit être souligné parce qu'il met de nouveau en lumière la nécessité de réformer le corpus législatif québécois afin d'encadrer le recours à la maternité pour autrui, l'objectif ultime devant être la préservation de l'intérêt de l'enfant²⁶. En effet, alors que toutes les parties impliquées s'entendaient ici pour exécuter volontairement le contrat de mère porteuse, le débat aura été long et ardu en raison de l'incertitude qui entoure l'état du droit québécois sur la question. Aussi, dans le but de préserver l'intérêt de l'enfant et d'accompagner toutes les parties à l'opération, le législateur aurait

24. *Ibid.*, par. 83 et 85.

25. À ce sujet, voir : *ibid.*, par. 86.

26. Aux termes de l'article 33 C.c.Q., « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. » Au sujet de l'intérêt de l'enfant, voir également : Andréanne MALACKET, « Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption », (2014) 44 (2-3) *R.D.U.S.* 569.

avantage à convier le notaire à jouer un rôle de premier plan dans le cadre d'une éventuelle réforme sur la maternité pour autrui. C'est en ce sens que vont les recommandations du CCDF, sur lesquelles nous reviendrons plus bas²⁷.

Il faut également noter que, même si la conclusion de la Cour d'appel semble en l'espèce équitable, voire justifiable à la lumière de l'intérêt de l'enfant *in concreto* et de l'omission du DEC de procéder à une enquête sommaire, les motifs sur lesquels elle s'appuie semblent prêter le flanc à la critique²⁸. En ce sens, mentionnons qu'il est à craindre que le consentement de la mère porteuse ne soit dorénavant plus considéré, par les tribunaux de première instance, comme une condition *sine qua non* à l'adoption de l'enfant par un parent d'intention. Il s'agit là d'un bouleversement profond du droit de la filiation québécois, la maxime *mater semper certa est* – suivant laquelle la femme qui accouche est la mère de l'enfant²⁹ – perdant de son influence. Qui plus est, par son arrêt, la Cour d'appel paraît créer un précédent dangereux en avalisant indirectement le recours aux mères porteuses anonymes. Ce sont d'ailleurs de tels scénarios que mettent en lumière deux décisions rendues quelques mois plus tard par la Cour du Québec, que nous voyons à l'instant.

Adoption – 1631, 2016 QCCQ 6872³⁰

Dans cette affaire, le requérant et le mis en cause sont conjoints de fait. Ils ont recours à une mère porteuse anonyme afin

27. *Infra*, p. 11. C'est aussi en ce sens que vont les recommandations formulées par la Chambre des notaires dans le mémoire qu'elle a présenté, en novembre 2016, sur le Projet de loi 113 : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur le projet de loi n° 113*, novembre 2016, p. 14, en ligne : <http://www.cnq.org/DATA/PUBLICATION/188_fr~v~memoire-projet-de-loi-n113.pdf> (consulté le 30 janvier 2017).

28. Pour un examen détaillé et critique de cet arrêt, voir : Andréanne MALACKET, « Maternité de substitution : quelle filiation pour l'enfant à naître ? », (2015) 117-2 R. du N. 229-244.

29. À ce sujet, voir notamment : Marie-France BUREAU et Édith GUILHERMONT, « Maternité, gestation et liberté : réflexion sur la prohibition de la gestation pour autrui en droit québécois », (2011) (4-2) RDSM 43, 50 et 53 ; Michelle GIROUX, « Le recours controversé à l'adoption pour établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse : entre ordre public contractuel et intérêt de l'enfant », (2011) 70 R. du B. 511, 522-524 ; Benoît MOORE, « Maternité de substitution et filiation en droit québécois », dans *Liber Amicorium. Mélanges en l'honneur de Camille Jaufret-Spinozi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 859, aux pages 867 et 868.

30. Il importe de préciser que puisque ce dossier d'adoption met en cause des sœurs jumelles, la Cour du Québec rend un second jugement, *Adoption – 1632, 2016 QCCQ 6873*, dont les motifs sont identiques à ceux que nous analysons.

de concrétiser leur projet parental, et ce, par l'intermédiaire d'une clinique de fertilité en Inde. Ils ne connaîtront pas l'identité de la mère porteuse et n'auront aucun contact avec elle. Après la naissance des jumelles, seul le mis en cause – père biologique des enfants – figure à l'acte de naissance sans mention de la mère porteuse, conformément aux pratiques établies en Inde. Le requérant – co-père d'intention – cherche à faire établir sa filiation par la voie d'un consentement spécial à l'adoption donné en sa faveur par le mis en cause, ce à quoi la Procureure générale du Québec s'oppose pour des motifs ayant trait à la dignité humaine³¹, à la vie, à la liberté et aux droits à la sécurité de la personne. Elle prétend que les clauses figurant au contrat de mère porteuse sont abusives et contraires à l'ordre public. Elle s'oppose donc à l'adoption.

Le tribunal estime qu'il doit faire droit à la requête pour ordonnance de placement en vue de l'adoption des enfants. Aucune fraude à la loi ne peut être relevée, la mention « mère non déclarée » étant la pratique établie en Inde en de telles circonstances³². Le tribunal s'abstient de commenter l'aspect moral ou éthique entourant le commerce de la maternité pour autrui en Inde, déclarant qu'il n'est pas son rôle de le faire. Il insiste sur la bonne foi des parties, qui n'ont pas cherché à dissimuler leurs démarches ou à écarter la mère porteuse. Le tribunal conclut que le seul consentement à l'adoption du mis en cause est suffisant puisque le nom de la mère porteuse n'apparaît pas sur l'acte de naissance, et que l'intérêt supérieur des enfants milite en faveur de l'ordonnance recherchée. En dernière analyse, le tribunal est d'avis que les circonstances entourant la naissance des enfants ne doivent pas faire obstacle à l'adoption, les conditions prévues à l'article 543 C.c.Q. étant respectées.

Outre le fait que cette décision s'inscrive directement dans le sillage de l'arrêt *Adoption – 161*³³ et qu'elle implique une situation

31. À ce chapitre, la Procureure générale s'élève notamment contre l'instrumentalisation du corps de la femme et la marchandisation de l'enfant.

32. À ce sujet, voir : *Adoption – 1631*, préc., note 14, par. 62, 117-119.

33. C'est ce qu'explique le tribunal aux paragraphes 16 et 17 de sa décision : « Le Tribunal prendra alors la cause en délibéré. Après avoir été informé que la Cour d'appel était à nouveau saisie d'une situation où comme dans le présent cas le nom de la mère n'apparaissait pas à l'acte de naissance de l'enfant, le Tribunal suspend son délibéré jusqu'au prononcé de ce deuxième jugement de la Cour d'appel, rendu le 14 janvier 2016. Suite à ce jugement, les procureurs seront invités à soumettre un complément d'argumentation, ce que feront les procureurs du requérant et de la Procureur Générale. »

où, en l'absence de contestation, un notaire pourrait éventuellement être appelé à agir, elle met aussi en lumière la nécessité de réformer le droit en matière de maternité pour autrui. C'est d'ailleurs là le souhait du tribunal :

Le débat entourant la question des mères porteuses ne doit pas se faire aux dépens des enfants ici concernés.

Il n'appartient pas au Tribunal alors qu'il est saisi du cas de deux enfants en particulier de trancher ce débat de société. Comme l'a souligné la procureure des enfants, la Cour du Québec, chambre de la jeunesse n'est pas le forum approprié. Cette responsabilité revient sans doute au législateur.

[...]

Comme l'a souligné notre collègue, madame la juge Sophie Gravel, il serait souhaitable que des règles claires soient édictées.

Les recommandations formulées à ce sujet par le Comité consultatif sur le droit de la famille présidé par le professeur Alain Roy semblent poursuivre cet objectif.³⁴

Avant de faire courtement état des recommandations du CCDF et du rôle que, dans un tel cadre, le notaire pourrait être appelé à jouer, nous examinerons d'abord la décision *Adoption – 16199*.

*Adoption – 16199, 2016 QCCQ 8951*³⁵

Cette affaire comporte des faits et des motifs en partie similaires à ceux exposés dans le jugement *Adoption – 1631*³⁶. La requérante et le mis en cause sont mariés. La requérante n'étant pas en mesure de porter un enfant, les parties recourent aux services d'une mère porteuse par l'intermédiaire d'une clinique de fertilité en Thaïlande. Il est à noter que la requérante est à la fois la mère d'intention et la mère génétique des enfants ainsi conçus. Après leur naissance, le mis en cause – père biologique des enfants – et la mère porteuse figurent à l'acte de naissance. Outre son nom, son âge et le fait qu'elle a un autre enfant, les parties ne disposent d'aucune informa-

34. *Adoption – 1631*, préc., note 14, par. 165-169.

35. Il importe de préciser que puisque ce dossier d'adoption met en cause deux frères jumeaux, la Cour du Québec rend un second jugement, *Adoption – 16200*, 2016 QCCQ 8952, dont les motifs sont identiques à ceux que nous analysons.

36. Préc., note 14.

tion concernant la mère porteuse³⁷. La requérante cherche à faire établir sa filiation par la voie d'un consentement spécial à l'adoption donné en sa faveur par l'unique mis en cause. En effet, la requête étant signifiée deux ans après l'arrivée des enfants au pays, la mère porteuse est introuvable, d'autant que la clinique de fertilité n'est plus exploitée³⁸. La Procureure générale du Québec s'oppose à la requête vu l'absence de consentement exprès de la mère porteuse et pour des motifs ayant trait aux principes de non-instrumentalisation du corps des femmes, à la non-marchandisation des enfants et à la dignité humaine.

De nouveau, le tribunal fait droit à la requête pour ordonnance de placement en vue de l'adoption des enfants. Malgré l'absence d'un consentement formel de la mère porteuse à l'adoption au sens de l'article 548 C.c.Q., le tribunal est d'avis qu'elle a pu exprimer son intention véritable par le truchement du contrat de maternité pour autrui signé par elle à deux reprises, c'est-à-dire avant et après la naissance des enfants³⁹. Le tribunal estime qu'il ne lui appartient pas de trancher les questions soumises par la Procureure générale qui, bien que légitimes, doivent être examinées par la voie d'interventions législatives et par l'établissement de conventions internationales :

Néanmoins, une telle pratique ou plutôt de telles pratiques (parce que les circonstances varient d'un cas à l'autre) soulèvent plusieurs questions relatives aux obligations imposées contractuellement à la mère porteuse dans le cadre du processus de gestation, concernant aussi les conditions, parfois abusives, imposées aux mères tenues de mener leur grossesse à terme (particulièrement dans certains pays en voie de développement), sans compter les pressions qui pourraient être exercées auprès d'elles pour qu'elles abandonnent leurs enfants après la naissance, et ce, pour ne nommer que celles-là.

En effet, il apparaît évident que de telles pratiques sont susceptibles de porter atteinte aux principes de non-instrumentalisation du corps de la femme et de la non-marchandisation de l'enfant et, de façon générale, à la dignité humaine.

Les préoccupations de la Procureure générale à cet égard sont tout à fait légitimes et pertinentes.

37. La requérante n'aura d'ailleurs croisé qu'à une seule occasion la mère porteuse, quelques jours après l'accouchement.

38. À ce sujet, voir : *Adoption – 16199*, préc., note 15, par. 41-46.

39. À ce sujet, voir : *ibid.*, par. 88-97.

Le Tribunal les partage.

Toutefois, le Tribunal estime qu'il n'est pas de son ressort, dans le cadre d'une requête en ordonnance de placement, de disposer de telles questions.

Le Tribunal estime qu'il appartient plutôt au législateur d'intervenir sur ces questions, que ce soit par voie législative et par l'établissement de conventions internationales, plutôt qu'au juge chargé de se prononcer sur la situation concrète et bien réelle d'enfants sujets de telles demandes.⁴⁰

Le tribunal insiste en outre sur le fait que la mère porteuse n'a pas demandé la restitution des enfants et qu'il n'y a aucune preuve de mauvaise foi ou de fraude des parties. Au sujet de l'intérêt de l'enfant, le tribunal retient que la requérante agit comme « mère » des enfants depuis leur naissance : elle « est la seule véritable mère qu'ils ont connue et vraisemblablement, la seule qu'ils connaîtront »⁴¹. Au surplus, les enfants ne sont pas issus des gamètes de la mère porteuse, étant génétiquement apparentés à la requérante, s'agissant là « [d]'un élément non négligeable même s'il n'est pas en soi générateur de droit »⁴². Le tribunal ajoute que refuser la filiation compliquerait les choses quant à l'exercice des droits parentaux, notamment en cas de prédécès du père, et que la requérante est en mesure d'assurer aux enfants sécurité, appartenance et attachement. Le tribunal considère ainsi que les intentions de la mère porteuse et l'intérêt de l'enfant militent en faveur de l'ordonnance recherchée.

Il est intéressant de souligner que, comme dans l'affaire *Adoption – 1631*⁴³, le tribunal insiste ici de nouveau sur le besoin criant d'une réforme législative en matière de maternité pour autrui. En effet, de nombreuses questions entourant le recours aux mères porteuses nécessitent une réflexion profonde, voire un véritable débat de société. À titre d'exemple, qu'en est-il des droits et obligations de toutes les parties impliquées, dont au premier chef les enfants et les mères porteuses, parfois « anonymes » ? Faut-il reconnaître aux enfants issus de mères porteuses un droit à la connaissance de leurs origines ? Faut-il distinguer lorsque la mère d'intention est celle qui est génétiquement apparentée à l'enfant ? Que faire lorsque

40. *Ibid.*, par. 106-111.

41. *Ibid.*, par. 136. Voir aussi : *ibid.*, par. 147.

42. *Ibid.*, par. 140. Voir aussi : *ibid.*, par. 146.

43. Préc., note 14.

l'enfant ainsi conçu souffre d'un handicap, lorsque les parents d'intention décèdent avant la naissance ou lorsque la mère porteuse ne désire plus remettre l'enfant ? Autant de questions dont les réponses demeurent incertaines, étant réglées au cas par cas par les tribunaux.

Cela dit, les pistes de solution envisagées par le CCDF sont dignes d'intérêt, proposant l'aménagement de deux voies procédurales parallèles – administratives et judiciaires – afin d'établir la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse⁴⁴. Le notaire loge au cœur de la première voie suggérée, laquelle permettrait l'établissement de la filiation de l'enfant né d'une mère porteuse sur simple transmission, dans les 30 jours de la naissance, d'une déclaration au DEC. Pour se prévaloir d'une telle procédure, les parties devraient en effet obligatoirement consulter un notaire qui, en sa qualité d'officier public impartial et de conseiller juridique indépendant, serait appelé à recevoir le projet parental des parties avant la conception de l'enfant, à s'assurer de la validité des consentements donnés et à informer les parties de leurs droits et obligations respectifs. L'intervention notariale serait en outre assortie d'un volet psychosocial, dont le notaire serait tenu de faire mention dans son acte, avant sa clôture⁴⁵.

Espérons que ces propositions seront sérieusement examinées par le législateur québécois dans un avenir rapproché⁴⁶. Souhaitons aussi que le flou juridique entourant la décision *Droit de la famille – 16244*⁴⁷, que nous voyons dans la prochaine section, soit rapidement dissipé par la Cour d'appel du Québec, qui doit statuer sur le jugement *a quo*. De fait, ce dernier jugement, qui a fait l'objet d'abondantes manchettes en 2016, remet en cause les effets civils à rattacher au mariage célébré religieusement, s'inscrivant en

44. Pour consulter en détail l'ensemble des recommandations, voir : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 2, p. 254-281.

45. *Ibid.*, p. 256-258.

46. En octobre 2016, la ministre de la Justice s'engageait à réfléchir sérieusement à une réforme du droit québécois en matière de maternité pour autrui, refusant toutefois de s'engager sur un échéancier. Nous attendons toujours le projet de loi. Voir : Antoine ROBITAILLE, « Tourisme procréatif et droit familial. Marchandisation inévitable ? », 3 octobre 2016, *Le Devoir*, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/481385/tourisme-procreatif-et-droit-familial-marchandisation-inevitable>> (consulté le 30 janvier 2017).

47. 2016 QCCS 410, déclaration d'appel, 2016-02-29 (C.A.), n° 500-09-025933-169 ; requête *de bene esse* pour permission d'appeler déferée à la formation de la Cour, 2016-03-14 (C.A.), n° 500-09-025933-169, 2016 QCCA 450.

porte-à-faux avec la vaste majorité de la doctrine et de la jurisprudence québécoises, à la faveur de la surprenante position défendue par la Procureure générale du Québec.

2. Des effets civils du mariage religieux

Dans la décision *Droit de la famille – 16244*⁴⁸ – également désignée « jugement *Alary* » –, le tribunal doit trancher une demande en divorce. La nature du litige est néanmoins singulière puisque monsieur soulève des arguments de nature constitutionnelle, la validité des articles 118 et 366 C.c.Q. étant remise en cause puisqu'il y aurait atteinte à sa liberté de religion au sens des articles 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁴⁹ et 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁰ et d'une atteinte à son droit à l'égalité au sens des articles 15(1) de la *Charte canadienne* et 10 de la *Charte québécoise*⁵¹.

Les parties, toutes deux comptables, se rencontrent pendant leurs études universitaires. La preuve révèle que monsieur est né dans une famille catholique, convertie plus tard à la foi baptiste. Il est croyant et fréquente l'église trois à cinq fois par année. Alors que monsieur tient à se marier à l'église, madame n'y voit pas d'inconvénient. Les parties ne font pas vie commune avant le mariage, se mariant le 25 août 2001 selon le rite catholique, et ce, sans avoir fait rédiger un contrat de mariage. Avant le mariage, les parties discutent néanmoins des implications économiques de leur union, mon-

48. Pour une analyse de cette décision, voir le texte des professeurs Alain Roy et Michel Morin. Après une étude contextuelle et historique, ces derniers réfutent la position de la Procureure générale du Québec et l'interprétation retenue par le tribunal, concluant que le mariage célébré par un ministre du culte revêt les mêmes effets qu'un mariage civil : Alain ROY et Michel MORIN, « La célébration du mariage doit respecter les prescriptions du *Code civil du Québec*, qu'elle revête ou non un caractère religieux », (2017) *R.D.U.S.* (à paraître), en ligne : <<http://droit.umontreal.ca/faculte/communications/nouvelles/nouvelle/article/la-celebration-dun-marige-doit-respecter-les-prescriptions-du-code-civil-alain-roy-et-michel-mor/>> (consulté le 30 janvier 2017). Pour une opinion contraire, voir : Harith AL-DABBAGH, « Terre et ciel dans le droit québécois du mariage – Commentaire sur le jugement *Droit de la famille – 16244* », (2016) 75 *R. du B.* 65.

49. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)] (ci-après « *Charte canadienne* »).

50. RLRQ, c. C-12 (ci-après « *Charte québécoise* »).

51. Il importe de préciser que seul le volet constitutionnel est ici en cause, le tribunal ayant décidé de trancher cette question avant de se pencher, dans un jugement ultérieur, sur le divorce en lui-même.

sieur étant d'avis « que les conséquences financières imposées aux époux par le mariage sont irrationnelles, notamment parce qu'elles ne tiennent pas compte de l'apport financier de chacun des conjoints »⁵². Cela dit, les parties conviennent d'un partage égal des dépenses, leurs revenus étant semblables.

Dans le cadre de sa demande, monsieur prétend que les articles 118 et 366 C.c.Q.⁵³ portent atteinte à la liberté de religion et au droit à l'égalité puisqu'ils privent les croyants de la possibilité d'aménager librement leurs rapports conjugaux. De fait, afin de vivre leur conjugalité en accord avec les préceptes religieux qui les gouvernent, les croyants n'ont d'autre choix que de se marier et, en conséquence, de supporter le cadre impératif imposé par le régime primaire⁵⁴. Il n'en irait pas de même pour les non-croyants, qui, eux, conservent la faculté d'élire leur mode de conjugalité en fonction, notamment, du désir qu'ils auront ou pas de supporter les règles impératives édictées par le régime primaire. En d'autres termes, le croyant qui n'adhère pas au régime impératif n'aura guère d'autre choix, contrairement au non-croyant, qui pourra plutôt choisir de demeurer en union de fait. Notons que selon le tribunal, l'argument de monsieur « repose sur la prémisse suivant laquelle les ministres du Culte ont l'obligation de transmettre au Directeur de l'état civil la

52. *Droit de la famille – 16244*, préc., note 47, par. 34.

53. Les articles 118 et 366, al. 1 et 2 C.c.Q. prévoient :

« **118.** La déclaration de mariage est faite, sans délai, au directeur de l'état civil par celui qui célèbre le mariage. »

« **366.** Sont des célébrants compétents pour célébrer les mariages, les greffiers et greffiers-adjoints de la Cour supérieure désignés par le ministre de la Justice, les notaires habilités par la loi à recevoir des actes notariés ainsi que, sur le territoire défini dans son acte de désignation, toute autre personne désignée par le ministre de la Justice, notamment des maires, d'autres membres des conseils municipaux ou des conseils d'arrondissements et des fonctionnaires municipaux.

Le sont aussi les ministres du culte habilités à le faire par la société religieuse à laquelle ils appartiennent, pourvu qu'ils résident au Québec et que le ressort dans lequel ils exercent leur ministère soit situé en tout ou en partie au Québec, que l'existence, les rites et les cérémonies de leur confession aient un caractère permanent, qu'ils célèbrent les mariages dans des lieux conformes à ces rites et aux règles prescrites par le ministre de la Justice et qu'ils soient autorisés par ce dernier. [...] »

Notons que depuis le jugement *Alary*, l'article 366 C.c.Q. a subi une modification cosmétique mineure à son second alinéa, sans aucun effet sur les arguments de monsieur. Nous avons donc reproduit la version la plus récente de l'article.

54. L'argument est invoqué plus particulièrement en regard du patrimoine familial. Il l'est aussi quant au régime secondaire légal, à savoir la société d'acquêts. Il faut toutefois admettre qu'à ce dernier sujet, les époux ont tout le loisir de choisir leur régime matrimonial. L'argument semble donc dénué de fondement.

déclaration de mariage, ce qui donne automatiquement aux mariages religieux qu'ils célèbrent des effets civils »⁵⁵. Monsieur invoque également un argument de nature subsidiaire, à savoir que si les articles en cause ne sont pas discriminatoires, l'interprétation qu'en font les ministres du culte est, elle, attentatoire à la liberté de religion et au droit à l'égalité. De leur côté, tant madame que la Procureure générale du Québec plaident que la prémisse sur laquelle se base monsieur est erronée, estimant « que les ministres du Culte peuvent célébrer des mariages à portée religieuse uniquement »⁵⁶. Subsidiairement, elles estiment que les dispositions visées ne portent pas atteinte à la liberté de religion et au droit à l'égalité, et que les réparations demandées ne sont pas recevables.

En premier lieu, le tribunal considère que le mariage relève effectivement de la liberté de religion. Bien qu'ayant une croyance sincère en un tel sacrement, monsieur n'arrive toutefois pas à démontrer qu'il y a atteinte à sa liberté de religion d'une façon plus que négligeable. À la lumière de la preuve, le tribunal ajoute que la problématique réside plutôt dans l'évaluation que monsieur fait des règles en cause, en tant que comptable. C'est donc à sa conception d'une structure économique rationnelle entre époux qu'il y a contravention, et non à ses convictions religieuses. Au surplus, quant à la portée des articles 118 et 366 C.c.Q., le tribunal est en désaccord avec la prémisse sur laquelle monsieur fonde son raisonnement, à savoir que les ministres du culte ont l'obligation de déclarer à l'état civil les mariages qu'ils officient, célébrant des mariages qui soient à la fois religieux et civils. Sur ce point, le tribunal paraît baser son analyse sur la réorganisation des registres d'état civil, opérée consécutivement à l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991, ce qui aurait modifié l'état du droit. Il écrit :

Ces articles [118 et 366 C.c.Q.] ont été adoptés dans le cadre de la réforme du Code civil de 1991 qui a entraîné la réorganisation du service de l'état civil. Cette réforme a été marquée, notamment, par un souci de laïcisation.

[...]

Bien que désormais seul le Directeur de l'état civil puisse tenir des registres et dresser les actes de l'état civil, les ministres du Culte ont conservé le droit de célébrer des mariages civils. C'est ce que prévoit l'article 366 C.c.Q.

55. *Droit de la famille* – 16244, préc., note 47, par. 8.

56. *Ibid.*, par. 10.

Cela ne veut pas dire qu'un mariage célébré par un ministre du culte a nécessairement des conséquences civiles.

[...]

Dans la mesure où des conjoints font appel à un ministre du culte pour célébrer un mariage uniquement religieux, le Tribunal ne voit pas pourquoi ce ministre du culte devrait faire parvenir au Directeur de l'état civil la déclaration de mariage. Certes, les parties ne seront pas alors mariées civilement et ne pourront nullement réclamer ce statut juridique du point de vue civil.

De l'avis du Tribunal, le Code habilite, sans obliger, les ministres du Culte à célébrer des unions qui sont à la fois religieuses et civiles [...].⁵⁷

Quant au droit à l'égalité, le tribunal n'y voit pas plus d'atteinte. Aucune distinction entre deux groupes – croyants et non-croyants – n'est opérée par les dispositions en cause. Celles-ci s'appliquent à toutes les personnes mariées civilement, sans égard à leurs croyances. Si distinction il y a, elle serait plutôt fondée sur l'état civil, motif que monsieur n'allègue pas. En outre, même en tenant pour avérée la distinction fondée sur la religion, la loi ne crée ni désavantage ni ne perpétue un préjugé ou un stéréotype, les régimes primaire et secondaire étant plutôt considérés comme un « avantage » accordé aux conjoints mariés.

Enfin, l'interprétation donnée à la loi par les autorités judéo-chrétiennes est erronée, celles-ci n'ayant pas l'obligation de transmettre les déclarations de mariage au DEC, et les réparations demandées par monsieur sont irrecevables. En l'espèce, monsieur a choisi, en toute connaissance de cause, de contracter un mariage à la fois religieux et civil. Par conséquent, il est assujéti au régime primaire, de même qu'au régime matrimonial légal et « ne peut, *a posteriori*, invoquer les Chartes afin de se libérer de ses obligations »⁵⁸. Le tribunal rejette donc la conclusion d'invalidité constitutionnelle ainsi que les réparations demandées.

D'abord, il faut mentionner qu'il est assez paradoxal que le tribunal conclue, d'une part, qu'un mariage célébré religieusement n'a pas toujours d'effets civils, et d'autre part, que le mariage des parties doit en l'espèce porter à conséquence puisqu'il a été déclaré aux

57. *Ibid.*, par. 58-67.

58. *Ibid.*, par. 98.

registres de l'état civil, alors même qu'il confirme que les autorités judéo-chrétiennes se sont trompées au sujet de leur obligation de déclarer à l'état civil les mariages qu'elles célèbrent. Le tribunal aura au surplus privilégié une théorie tout à fait nouvelle, à la faveur de la position défendue par la Procureure générale du Québec, qui veut qu'un mariage célébré religieusement n'ait pas forcément d'effets civils. Cette position⁵⁹, vivement dénoncée dans les médias, ne reçoit ni l'aval de la majorité de la doctrine et de la jurisprudence québécoises⁶⁰ ni celui de la Chambre des notaires du Québec ou du Barreau du Québec⁶¹, pas plus que celui du Diocèse de Montréal⁶², de l'opposition de l'Assemblée nationale du Québec⁶³ ou même du premier ministre du Québec⁶⁴.

En plus de modifier sensiblement l'état du droit, ce jugement, à première vue anodin pour la pratique notariale, est susceptible de comporter de sérieuses implications quant au devoir de conseil du notaire. Si la thèse adoptée par le tribunal de première instance est confirmée en appel, des conséquences sont ainsi à prévoir, plus spé-

59. Il faut mentionner que la ministre de la Justice et Procureure générale du Québec semble avoir fait volte-face au sujet de cette position, s'étant contredite dans un communiqué de presse émis à la suite du jugement *Alary*, le 1^{er} mars 2016 : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Clarifications de la ministre de la Justice et Procureure générale du Québec à la suite de propos sur le mariage tenus dans l'espace public*, 1^{er} mars 2016, en ligne : <<http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?aiguillage=diffuseurs&type=1&listeDiff=49&Page=4&idArticle=2403014306>> (consulté le 30 janvier 2017).

60. Nous référons de nouveau le lecteur aux textes suivants : A. ROY et M. MORIN, préc., note 48 ; H. AL-DABBAGH, préc., note 48.

61. Voir les communiqués de presse suivants : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mise au point sur la situation du mariage au Québec*, 3 mars 2016, en ligne : <<http://www.cnq.org/fr/36-nouvelle-mise-au-point-sur-la-situation-du-mariage-au-quebec.html>> (consulté le 30 janvier 2017) ; BARREAU DU QUÉBEC, *Les implications juridiques du mariage. Le Barreau rassure la population*, 4 mars 2016, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiqués/2016/03/04-mariage>> (consulté le 30 janvier 2017).

62. Voir notamment : Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « L'Église ne célébrera pas de sous-mariage », *Le Devoir*, 3 mars 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/464498/l-eglise-ne-celebrera-pas-de-sous-mariage>> (consulté le 30 janvier 2017).

63. Voir notamment : GUILLAUME BOURGAULT-CÔTÉ, « Québec ouvre la porte à des dérives, craint l'opposition », *Le Devoir*, 2 mars 2016, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/non-classe/464382/mariages-religieux-quebec-ouvre-la-porte-a-des-derives-craint-l-opposition>> (consulté le 30 janvier 2017).

64. Voir notamment : LA PRESSE CANADIENNE, *Mariage : Philippe Couillard désavoue la position de la ministre Vallée*, ICI.Radio-Canada, 3 mars 2016, en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/768547/mariage-couillard-desavoue-stephanie-vallee-procureure-generale>> (consulté le 30 janvier 2017).

cialement en matière de rédaction de contrats de mariage. En effet, de nouvelles obligations pèseraient vraisemblablement sur les épaules du notaire. Mais quelle serait la portée de ces nouvelles obligations ? Le notaire devrait-il dorénavant s'enquérir des croyances religieuses des parties lors de la rédaction du contrat de mariage ? Déterminer, qui plus est à l'avance, si le mariage aura ou non des effets civils ? Conseiller les parties différemment en fonction de leurs intentions ? Les informer de l'absence d'effets civils d'un mariage célébré religieusement qui ne serait pas déclaré au DEC ? En outre, qu'en serait-il si les parties, après avoir fait rédiger leur contrat de mariage, mais avant le mariage, changeaient d'opinion quant à la portée – religieuse, civile ou religieuse et civile – de leur mariage ? Le contenu du contrat de mariage demeurerait-il valide ? Autant de questions qui surgissent à la lumière du « flou » que crée la décision *Droit de la famille – 16244*⁶⁵. Souhaitons donc que la Cour d'appel du Québec remette les pendules à l'heure rapidement. C'est d'ailleurs ce qu'elle a fait, au cours de l'année 2016, dans certains arrêts que nous verrons dans la dernière section consacrée aux mesures accessoires à la rupture.

3. Des mesures accessoires à la rupture

La Cour d'appel du Québec a statué sur un bon nombre de litiges portant sur les mesures accessoires à la rupture en 2016. Parmi ces arrêts, nous en relevons neuf qui ont été l'occasion, pour le plus haut tribunal de la province, de rappeler, de clarifier ou de modifier l'état du droit québécois.

Ces jugements s'intéressent de manière plus spécifique à trois objets, à savoir les aliments dus aux enfants, l'obligation alimentaire entre ex-conjoints et le partage du patrimoine familial. Le notaire appelé à conseiller des parties en telle matière, par exemple dans le cadre d'une médiation familiale ou de la préparation d'un projet d'accord, aura évidemment avantage à connaître la *ratio decidendi* de ces jugements.

En outre, dans un contexte où le notaire a acquis, le 21 février 2017, la compétence pour agir et représenter des clients devant les tribunaux en matière non contentieuse pour la présentation d'une « demande conjointe sur projet d'accord qui règle les conséquences

65. Préc., note 47.

de la séparation de corps, du divorce ou de la dissolution de l'union civile des conjoints »⁶⁶, la connaissance de ces arrêts semble incontournable.

3.1 Des aliments dus aux enfants

Dans les arrêts *Droit de la famille – 161633*⁶⁷ et *Droit de la famille – 162999*⁶⁸, la Cour d'appel du Québec rappelle des principes connus, dans des contextes néanmoins particuliers et eu égard à des questions délicates. Dans la première décision, elle aborde la portée de l'obligation alimentaire du parent *in loco parentis*⁶⁹ en lien avec celle de l'autre parent. Dans la deuxième décision, c'est plutôt sur l'imputation d'un revenu au sens de l'article 446 C.p.c. qu'elle tranche. Puis, dans les arrêts *Droit de la famille – 16598*⁷⁰ et *Droit de la famille – 161932*⁷¹, la même Cour clarifie l'état du droit en matière de rétroactivité de la pension alimentaire pour enfants et d'annulation d'arrérages, rejetant les théories jusqu'alors retenues par la jurisprudence majoritaire. Nous voyons ces arrêts successivement.

66. Art. 303(7) C.p.c. Voir aussi : art. 86 C.p.c. et art. 15(7) de la *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3.

67. 2016 QCCA 1142.

68. 2016 QCCA 1997.

69. Le parent *in loco parentis* est celui qui tient lieu de parent envers l'enfant de son conjoint. Il est défini à l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce*, c'est-à-dire dans un cadre où il y aura eu un mariage entre lui et le parent de l'enfant. En d'autres termes, afin de se voir imposer une obligation alimentaire envers l'enfant de son conjoint, le parent *in loco parentis* doit être marié au parent de l'enfant. Notons en outre que dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, la Cour suprême du Canada établit un certain nombre de balises permettant de déterminer si le nouveau conjoint agit bel et bien *in loco parentis*. En ce sens, il faudra plus que des gestes d'affection et d'intérêt, le nouveau conjoint devant s'être comporté comme un véritable parent de remplacement pour l'enfant. Il importe enfin de souligner que la notion *in loco parentis* n'existe, *stricto sensu*, que dans le droit privé fédéral, le *Code civil du Québec* n'en faisant pas mention. Dans l'arrêt *Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Dalphond, laisse toutefois entendre, dans un *obiter dictum*, que la notion pourrait également s'appliquer au parent *in loco parentis* en union de fait. De même, dans l'arrêt *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Vézina, adopte une perspective similaire, accueillant la demande de garde partagée de l'enfant présentée par la conjointe de la mère de l'enfant, auprès de qui l'enfant évolue depuis sa naissance. Pour ce faire, la Cour fait référence entre autres à la notion *in loco parentis*.

70. 2016 QCC 464.

71. 2016 QCCA 1262.

Droit de la famille – 161633, 2016 QCCA 1142

Le contexte procédural de cette affaire est singulier, s'agissant de statuer sur l'appel d'un jugement rejetant une requête en intervention forcée. L'appelant, père de l'enfant, fait face à une demande d'augmentation de la pension alimentaire versée au bénéfice de l'enfant présentée par la mère, mise en cause en appel. Estimant que l'intervention forcée n'est pas nécessaire à la solution complète du litige, le premier juge rejette la demande. L'appelant se pourvoit afin de requérir l'intervention forcée de l'intimé, père *in loco parentis* de l'enfant, et ainsi obtenir l'annulation de sa propre obligation alimentaire.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Schrager, rejette le pourvoi, concluant que l'intervention forcée ne constitue pas le bon moyen procédural. Bien qu'il porte sur une question de procédure, l'arrêt demeure pertinent, réitérant certains principes-clés sur l'obligation alimentaire. La Cour rappelle ainsi que le droit québécois ne permet pas à un enfant d'avoir plus de deux parents, étant entendu qu'une obligation alimentaire supplémentaire pourra, au bénéfice de l'enfant, incomber au nouveau conjoint agissant *in loco parentis* aux termes de la *Loi sur le divorce*. Elle souligne également que les conclusions recherchées par le père ne sont pas mues par l'intérêt de l'enfant, étant plutôt justifiées par son propre intérêt.

Par ailleurs, sans en décider, la Cour aborde la question de la portée de l'obligation alimentaire du parent *in loco parentis* sur celle de l'autre parent :

Pour que la présence de l'intimé à titre de parent potentiel *in loco parentis* soit nécessaire à ce litige, il faut que son obligation alimentaire ait un impact sur l'obligation alimentaire du père appelant qui fait l'objet de ce litige. Autrement dit, est-ce que l'obligation du père sera modifiée ou modulée par l'obligation alimentaire d'un père *in loco parentis*? Si la réponse est négative, il est permis de penser que sa présence n'est pas nécessaire à la solution complète de ce litige. Si oui, la réponse peut être autre.

La question s'est présentée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Il y fut jugé que l'obligation d'un parent dont la filiation est établie serait considérée en premier, et que celle d'un beau-parent *in loco parentis* serait considérée après la détermination de l'obligation du premier parent. Il faut noter que ces provinces appliquent les

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, ou une disposition provinciale équivalente [...]

Le *dictum* du juge Bastarache au nom de la Cour suprême du Canada dans *Chartier*, une cause du Manitoba, s'inscrit clairement dans ce contexte [...].⁷²

Considérant que le Québec s'est doté de lignes directrices particulières, la Cour se questionne aussi sur la portée de l'article 587.2, al. 2 C.c.Q., plus spécialement quant à savoir si la créance alimentaire que détient un enfant envers son parent *in loco parentis* pourrait être considérée comme une ressource dont l'enfant dispose afin de diminuer la valeur des aliments dus par l'autre parent, en l'espèce l'appelant. De nouveau, la Cour refuse de trancher la question, étant d'opinion qu'il faut plutôt déterminer si l'intervention forcée est le véhicule approprié.

Au terme de son analyse, la Cour conclut qu'il revient à la mère, mise en cause, d'exercer le recours alimentaire au nom de l'enfant étant donné qu'elle a la garde exclusive de ce dernier, ce qui inclut un éventuel recours à l'encontre du père *in loco parentis*. Elle rappelle en ces termes l'importance de l'obligation alimentaire de l'appelant, dont il faut d'ailleurs souligner qu'elle est d'ordre public :

Si un recours alimentaire peut être exercé contre l'intimé comme parent *in loco parentis*, il doit l'être par la mère dans l'instance en divorce entre elle et l'intimé. Le père ne peut, dans son propre dossier de divorce avec la mère, exiger l'intervention de l'intimé pour diminuer ou annuler son obligation alimentaire envers l'enfant.

[...]

Même en tenant pour acquis que la créance alimentaire d'une personne *in loco parentis* pourrait, dans certains cas, être pertinente à la détermination de l'obligation alimentaire d'un parent, l'intervention forcée, dans ce dossier n'est pas recevable.⁷³

Cet arrêt illustre la difficulté qui entoure l'encadrement des obligations du parent *in loco parentis* en droit québécois. Alors que la *Loi sur le divorce* impose à ce dernier une obligation alimentaire envers l'enfant, le *Code civil du Québec* est muet sur le sujet. C'est donc dire qu'il existe toujours une distinction entre le parent *in loco*

72. *Droit de la famille – 161633*, préc., note 67, par. 33-35.

73. *Ibid.*, par. 43-45.

parentis marié et le parent *in loco parentis* en union de fait⁷⁴. En outre, alors qu'elle réitère l'existence d'une obligation alimentaire du parent *in loco parentis* au sens de la *Loi sur le divorce*, la Cour d'appel manque une belle occasion de statuer sur la portée de cette obligation sur celle de l'autre parent. Dans un contexte où les recompositions familiales sont de plus en plus fréquentes, souhaitons que l'état du droit québécois soit rapidement clarifié afin que le notaire puisse conseiller plus judicieusement les clients qui requièrent une opinion à ce sujet⁷⁵.

Droit de la famille – 162999, 2016 QCCA 1997

Dans cette affaire, la première juge confie aux parties la garde partagée de leurs trois enfants. Quant à la pension alimentaire, elle rejette l'interprétation voulant que l'imputation d'un revenu en vertu de l'article 446 C.p.c.⁷⁶ ne puisse se faire qu'à l'égard d'un parent qui soit débiteur alimentaire – et non pour un parent qui soit créancier alimentaire. L'appelant, qui est créancier alimentaire, se pourvoit et estime que le tribunal a erré en lui imputant un revenu aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants, le jugement ayant en plus eu pour effet de diminuer le montant de pension alimentaire payable⁷⁷. La Procureure générale du Québec souscrit à ces arguments.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume de la juge Thibault, rejette le pourvoi. Elle rappelle la discrétion dont bénéficie le tribunal de première instance dans son pouvoir d'imputer un revenu à un parent lors du calcul d'une pension alimentaire pour enfants. Elle

74. À ce sujet, voir : *supra*, note 69.

75. À ce chapitre, le CCDF propose plusieurs pistes de solution qu'il importe d'étudier, dont notamment la reconnaissance d'une obligation alimentaire du parent *in loco parentis*, sans égard au statut conjugal qui le lie au parent de l'enfant. Voir : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 2, p. 307-322.

76. L'article 446 C.p.c reprend en substance l'ancien article 825.12 C.p.c. et prévoit : « [l]orsque l'information contenue dans les documents prescrits est incomplète ou contestée, ou dans tous les cas où il l'estime nécessaire, le tribunal peut y suppléer et, notamment, établir le revenu d'un parent. Il tient alors compte, entre autres, de la valeur des actifs de ce parent et des revenus qu'ils produisent ou qu'ils pourraient produire, selon ce qu'il estime approprié. »

77. Seul ce premier moyen d'appel fait l'objet de nos développements. Quant au second moyen d'appel, il a trait à la dispense de paiement de pension alimentaire pour enfants qu'obtient l'intimée en raison des difficultés résultant de l'obligation alimentaire qu'elle assume à l'égard d'un enfant né d'une union antérieure. Ce moyen échoue également.

estime que le choix de l'appelant de ne pas travailler est déraisonnable et qu'il « ne peut pas se soustraire à ses obligations alimentaires envers ses enfants de façon aussi capricieuse et non responsable »⁷⁸.

Quant à l'argument voulant que l'imputation d'un revenu ne puisse se faire à l'égard d'un créancier alimentaire, il ne respecte pas la lettre de l'article 446 C.p.c. et témoigne d'une méconnaissance des principes de base en matière d'attribution d'aliments. En effet, « l'étude du cadre général suffit pour comprendre que la fixation de la pension alimentaire pour enfants se distancie de la notion traditionnelle de créancier ou débiteur alimentaire »⁷⁹. Chaque parent doit contribuer aux besoins des enfants et assumer sa contribution alimentaire annuelle, en fonction du revenu total disponible des parents et du nombre d'enfants. En somme, la Cour indique :

L'imputation d'un revenu à un parent qui refuse volontairement de travailler et qui se place de propos délibéré dans une situation où il est incapable d'assumer sa part de la contribution parentale de base entraîne des conséquences. Il faut présumer qu'il a un revenu et lui attribuer une part de la contribution alimentaire de base alors que ce parent ne touche pas ce revenu. Cela entraîne que la part de l'autre parent dans la contribution alimentaire de base diminue d'autant. En principe, cette mesure d'incitation à travailler et à contribuer aux besoins de ses enfants ne constitue pas une décision qui va à l'encontre de l'intérêt de ces derniers, au contraire. Il pourrait arriver que, dans certaines circonstances, l'application aveugle de l'article 446 C.p.c. entraîne des effets pervers. Dans ce cas, le juge chargé d'évaluer la situation peut refuser d'imputer un revenu à un parent. L'appelant n'a pas démontré ici l'existence de tels effets sur ses enfants.⁸⁰

L'intérêt de cette décision réside évidemment dans l'interprétation donnée à l'article 446 C.p.c. quant à la discrétion du tribunal d'imputer un revenu au parent aux fins de fixer la pension alimentaire pour enfants, y compris celle d'attribuer un revenu au parent qui est le créancier alimentaire. Bien que cet arrêt paraisse davantage trouver écho hors du champ de compétence du notaire, à l'égard de demandes d'aliments pour enfants qui soient contestées, les principes de base qu'il rappelle méritent une attention particulière.

78. *Droit de la famille -162999*, préc., note 68, par. 27.

79. *Ibid.*, par. 35.

80. *Ibid.*, par. 39.

Droit de la famille – 16598, 2016 QCCA 464

Dans cet arrêt, la principale question en litige concerne l'interprétation de l'article 595 C.c.Q., dont le libellé a été modifié en 2012. Plus spécialement, il s'agit de déterminer si l'existence d'une mise en demeure, d'une information préalable ou d'une impossibilité d'agir doit être démontrée afin d'obtenir rétroactivement une pension alimentaire pour enfants pour les trois années précédant la demande⁸¹. La Cour d'appel du Québec est appelée à trancher entre deux approches contraires qui se sont développées devant la Cour supérieure depuis le changement législatif intervenu en 2012.

En l'espèce, les parties, conjoints de fait, ont mis fin à leur relation avant la naissance de l'enfant, née en 2010. Alors que l'acte de naissance de l'enfant n'indique pas le nom de l'intimé comme « père », une procédure en réclamation d'état, qui s'avère fructueuse, donne lieu à la modification de l'acte d'état civil en janvier 2015. En juillet 2014, l'appelante informe par ailleurs l'intimé d'une éventuelle réclamation d'aliments au bénéfice de l'enfant. Cette demande est signifiée en février 2015, avec effet rétroactif au mois de février 2012. Il s'agit ici de déterminer si le premier juge a erré en droit en accordant les aliments à compter du mois de juillet 2014, date à laquelle l'intimé a été informé de l'intention de l'appelante de réclamer une pension alimentaire.

Selon l'approche retenue par le premier juge, l'intention du législateur québécois, en 2012, était d'arrimer le nouvel article 595 C.c.Q.⁸² avec la jurisprudence antérieurement établie sous l'empire

81. Nous n'abordons pas les deux autres questions en litige, qui se rapportent à la détermination du *quantum* de la contribution alimentaire parentale des parties, aux frais particuliers et au montant de la pension alimentaire payable par l'intimé.

82. Depuis la modification de 2012, l'article 595 C.c.Q. prévoit : « On peut réclamer, pour un enfant, des aliments pour des besoins existant avant la demande ; on ne peut cependant les exiger au-delà de trois ans, sauf si le parent débiteur a eu un comportement répréhensible envers l'autre parent ou l'enfant.

En outre, lorsque les aliments ne sont pas réclamés pour un enfant, ceux-ci peuvent l'être pour des besoins existant avant la demande sans néanmoins pouvoir les exiger au-delà de l'année écoulée ; le créancier doit alors prouver qu'il s'est trouvé en fait dans l'impossibilité d'agir plus tôt, à moins qu'il n'ait mis le débiteur en demeure dans l'année écoulée, auquel cas les aliments sont accordés à compter de la demeure. »

L'ancienne version de l'article 595 C.c.Q. était à l'effet suivant :

« On peut réclamer des aliments pour des besoins existants avant la demande, sans pouvoir néanmoins les exiger au-delà de l'année écoulée.

(à suivre...)

de la *Loi sur le divorce*. Ainsi, il faut suivre les critères établis dans la « quadrilogie D.B.S. »⁸³, qui veut que les aliments réclamés aux termes de la *Loi sur le divorce* ne soient pas dus de plein droit pour les trois années précédant la demande. En effet, à moins de démontrer un comportement répréhensible de la part du débiteur alimentaire, les aliments ne peuvent rétroagir qu'à compter de la date de « l'information réelle », le créancier alimentaire étant tenu de faire preuve de diligence dans l'exercice de son recours. Quant à la seconde approche, que le premier juge rejette, elle veut plutôt que le nouvel article 595 C.c.Q. permette de faire rétroagir la demande d'aliments pour enfant de plein droit, et ce, aux trois années précédant la demande.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Mainville, confirme la seconde approche. Après avoir précisé que les deux alinéas de l'article 595 C.c.Q. font la distinction entre les demandes d'aliments pour enfants et celles visant le conjoint ou l'ascendant, la Cour admet que l'article a été adopté dans la foulée de la quadrilogie D.B.S. Or, « on ne peut en conclure que l'Assemblée nationale souhaitait alors simplement arrimer le texte du Code civil avec les critères énoncés à cet arrêt et portant sur la *Loi sur le divorce* »⁸⁴. La lettre de l'article 595 C.c.Q. ne soutient pas cette approche, non plus que les délibérations tenues en commission parlementaire ne permettent de dégager clairement une telle intention. Au surplus, les « limites temporelles » à la réclamation d'aliments qu'établit la quadrilogie D.B.S. l'ont été dans le cadre des législations fédérale et albertaine, lesquelles ne prévoyaient pas la possibilité d'accorder des aliments de manière rétroactive. Tel n'est pas le cas de l'article 595 C.c.Q. Il faut aussi noter que depuis 2012, l'exigence d'une « mise en demeure » ou d'une « impossibilité d'agir » ne s'applique plus à la demande rétroactive d'aliments pour enfants, contrairement aux demandes visant le conjoint ou l'ascendant. Le libellé du premier alinéa de l'article 595 C.c.Q. est clair et on ne peut y ajouter une condition afin de réduire sa portée. Enfin, le débiteur qui souhaiterait faire réduire sa contribution alimentaire pourra toujours se prévaloir de l'article 587.2 C.c.Q. Sur cet aspect, la Cour d'appel casse

(... suite)

Le créancier doit prouver qu'il s'est trouvé en fait dans l'impossibilité d'agir plus tôt, à moins qu'il n'ait mis le débiteur en demeure dans l'année écoulée, auquel cas les aliments sont accordés à compter de la demeure. »

83. C'est ainsi que la Cour d'appel parle de l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.* ; *L.W.J. c. T.A.R.* ; *Henry c. Henry* ; *Hiemstra c. Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S. 231.

84. *Droit de la famille – 16598*, préc., note 70, par. 31.

donc le jugement entrepris afin de faire rétroagir de trois ans, au mois de février 2012, la pension alimentaire établie au bénéfice de l'enfant.

Cet arrêt est fondamental puisqu'il clarifie l'état du droit au sujet de l'article 595 C.c.Q., plus spécialement en matière d'aliments pour enfants ayant une portée rétroactive. Aussi, dans la mesure où des aliments pour enfants sont réclamés pour des besoins existant avant la demande, il faut considérer qu'ils peuvent être exigés de plein droit jusqu'à trois ans précédant la demande. Aucune nécessité de mettre en demeure ou d'informer le débiteur alimentaire n'est alors requise, pas plus qu'une impossibilité d'agir du créancier alimentaire ne doit être démontrée. Le notaire appelé à conseiller des parties qui souhaiteraient éventuellement s'entendre dans un projet d'accord devra, le cas échéant, prendre en considération cet aspect au moment de consigner par écrit les intentions des parties au sujet de la pension alimentaire pour enfants. Il en va de même du notaire appelé à agir et représenter des parties devant le tribunal dans un tel cadre⁸⁵, ou encore du notaire agissant à titre de médiateur accrédité dans le cadre d'une médiation familiale.

Droit de la famille – 161932, 2016 QCCA 1262

Dans cette affaire, les parties sont divorcées depuis le 21 mai 2008. Bien que le jugement de divorce et sur mesures accessoires confie la garde exclusive des enfants à l'appelante, les parties exercent *de facto* une garde partagée des deux enfants depuis le mois de janvier 2014. En outre, en 2009, les parties s'entendent pour réduire le montant de la pension alimentaire payable par l'intimé au bénéfice des enfants, celui-ci n'étant pas en mesure d'acquitter le montant prévu au jugement. Puis, dès janvier 2014, l'intimé cesse de verser toute pension alimentaire pour enfants compte tenu du changement de garde, s'engageant toutefois auprès de l'appelante à contribuer à certains frais. En mars 2015, l'intimé dépose une requête en modification des mesures accessoires, dans laquelle il demande officiellement l'instauration d'une garde partagée, la révi-

85. Concernant la compétence du notaire, il faut toutefois rappeler que le nouvel article 303(7) C.p.c. ne vise alors que les demandes conjointes sur projet d'accord qui règlent la séparation de corps, le divorce ou la dissolution de l'union civile. Le législateur a vraisemblablement exclu la compétence du notaire à l'égard des ex-conjoints de fait qui se souhaiteraient présenter conjointement un tel projet d'accord, notamment quant aux droits de garde et d'accès et aux aliments pour enfants.

sion du montant de la pension alimentaire et l'annulation des arrérages, qui s'élèvent à plus de 56 000 \$. Le premier juge confirme la garde partagée en vigueur depuis janvier 2014, fixe la pension alimentaire et annule les arrérages dus depuis le 21 mai 2008. C'est cette dernière portion du litige qui nous intéresse.

En effet, l'objet du pourvoi concerne principalement l'état du droit applicable à l'annulation des arrérages d'une pension alimentaire pour enfants. Plus précisément, la Cour d'appel doit déterminer si l'article 596 C.c.Q.⁸⁶ s'applique lorsqu'une demande d'annulation d'arrérages est fondée sur l'article 17 de la *Loi sur le divorce*. Bien que la Cour conclue que le premier juge a erré en affirmant que l'article 596 C.c.Q. ne s'appliquait pas en matière de divorce, elle confirme sur le fond sa décision d'annuler les arrérages puisque les « circonstances témoignaient d'une réelle « impossibilité d'exercer ses recours » de [l]a part [de l'intimé] au sens de l'article 596 C.c.Q. »⁸⁷.

Cela dit, l'arrêt revêt une importance capitale puisqu'il renverse le courant jusqu'alors suivi en jurisprudence, à savoir que l'article 596 C.c.Q. ne pouvait s'appliquer en matière de divorce. Selon ce courant, fondé sur l'arrêt antérieur *Droit de la famille – 356*⁸⁸, le pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal en vertu de l'article 17 de la *Loi sur le divorce* en matière d'annulation d'arrérages était plus étendu que celui prévu à l'ancien article 644 C.c.Q. (aujourd'hui 596 C.c.Q.). De fait, alors que la loi québécoise requerrait la preuve d'une impossibilité d'agir pour annuler les arrérages dus depuis plus de six mois, tel n'était pas le cas de la *Loi sur le divorce*. En 1987, la Cour d'appel avait donc tranché qu'en présence d'une incompatibilité, la loi fédérale devait avoir préséance.

La Cour d'appel estime désormais que ce courant ne doit plus être suivi, au vu des changements législatifs intervenus à la *Loi sur le divorce* en 1997. En effet, depuis le 1^{er} mai 1997, les paragraphes (4) et (6.1) de l'article 17 de cette loi obligent notamment le tribunal à

86. L'article 596 C.c.Q. prévoit : « Le débiteur de qui on réclame des arrérages peut opposer un changement dans sa condition ou celle de son créancier survenu depuis le jugement et être libéré de tout ou partie de leur paiement. Cependant, lorsque les arrérages sont dus depuis plus de six mois, le débiteur ne peut être libéré de leur paiement que s'il démontre qu'il lui a été impossible d'exercer ses recours pour obtenir une révision du jugement fixant la pension alimentaire. »

87. *Droit de la famille – 161932*, préc., note 71, par. 46.

88. [1987] R.J.Q. 764 (C.A.).

rendre une ordonnance modificative, y compris une ordonnance en annulation d'arrérages, conformément aux lignes directrices applicables. Au Québec, l'ensemble du Titre Troisième du Livre Deuxième du *Code civil*, qui inclut l'article 596 C.c.Q., fait partie des lignes directrices applicables. C'est ce que prescrit le *Décret désignant la province de Québec pour l'application de la définition de lignes directrices applicables au paragraphe 2(1) de la Loi sur le divorce*⁸⁹, lequel décret a été adopté conformément au paragraphe 2(5) de la *Loi sur le divorce* et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1997. Pour la Cour, « l'idée sous-jacente à l'article 2 [...] est conforme à l'idéal de fédéralisme coopératif favorisant l'application concurrente des lois adoptées par les deux ordres de gouvernement »⁹⁰. Elle conclut : « [e]n somme, l'article 596 C.c.Q. est les autres articles du Titre troisième du Livre Deuxième du *Code civil du Québec* trouvent application en matière de divorce, sauf exceptions prévues à la *Loi sur le divorce* ou incompatibilité avec celle-ci »⁹¹.

Il n'est pas anodin de souligner que la Cour d'appel siège ici en formation de cinq juges. Il faut y voir un message clair du plus haut tribunal de la province, qui infirme un courant bien établi depuis 1987. Le notaire intéressé par le droit familial devra dorénavant tenir pour acquis que l'article 596 C.c.Q. s'applique en matière d'annulation arrérages de pension alimentaire pour enfants, et ce, même en contexte de divorce. Est-ce donc dire qu'en matière de divorce, le débiteur alimentaire devra démontrer, en plus d'un changement substantiel dans sa situation ou celle de son créancier, une impossibilité d'exercer ses recours plus tôt, et ce, afin d'être libéré des arrérages de pension alimentaire pour enfants dus depuis plus de six mois ? C'est ce que laisse paraître la décision de la Cour, même si l'article 17 de la *Loi sur le divorce* ne le prévoit pas nommément.

Sans que la Cour le dise explicitement, on comprend donc qu'elle considère qu'à l'égard des aliments dus aux enfants, les articles 17 de la *Loi sur le divorce* et 596 C.c.Q. ne sont plus incompatibles, contrairement à la situation prévalant jusqu'en 1997. Cela établi, il sera intéressant de voir si, dans le cadre d'un litige éventuel, la Cour conclurait de la même façon en matière d'annulation d'arrérages de la pension alimentaire pour ex-conjoint. Rien n'est

89. DORS/97-237, (1997) 131 *Gaz. Can.*, partie II, 1415.

90. *Droit de la famille - 161932*, préc., note 71, par. 42.

91. *Ibid.*, par. 43.

moins sûr, les « lignes directrices applicables » ne l'étant pas à l'ex-conjoint.

3.2 Des aliments dus à l'ex-conjoint

Les trois arrêts que nous examinons maintenant sont l'occasion, pour la Cour d'appel du Québec, de rappeler les fondements compensatoire, non compensatoires et contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, reprenant en cela les enseignements de la Cour suprême du Canada dans *Bracklow c. Bracklow*⁹². Ils feront successivement l'objet d'une revue, l'état du droit n'étant globalement pas remis en cause. Le notaire appelé à conseiller des parties dans le cadre d'une séparation, dont la rédaction d'un projet d'accord, aura néanmoins avantage à connaître ces décisions puisqu'elles constituent des illustrations récentes des principes édictés par le plus haut tribunal du pays, en lien avec les objectifs mis de l'avant par l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*.

Droit de la famille – 161445, 2016 QCCA 1044

Dans cette affaire, les parties sont âgées de 54 ans. Elles se marient en 1989 et se séparent après plus de vingt ans de mariage, en mars 2011. L'intimé exerce la profession de dentiste. Quant à l'appelante, elle a occupé divers emplois au cours du mariage, notamment comme assistante dentaire, réceptionniste et entraîneuse personnelle. La seule question en litige concerne les aliments réclamés au bénéfice de l'appelante, qui demande une pension alimentaire de 2 000 \$ par mois indexée annuellement.

Le premier juge ayant rejeté sa demande, l'appelante se pourvoit. La Cour d'appel du Québec conclut que le premier juge a commis plusieurs erreurs de fait dans l'évaluation de la preuve. Le premier juge a également erré en droit en surestimant l'importance du critère de l'atteinte de l'indépendance économique, et ce, au détriment des autres objectifs édictés à l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*. Suivant les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moge c. Moge*⁹³, une telle erreur de principe est révisable. Le tribunal de première instance devait aussi prendre en compte les avantages et les inconvénients économiques découlant du mariage ou de son échec, et non pas limiter son analyse à la pos-

92. [1999] 1 R.C.S. 420.

93. [1992] 3 R.C.S. 813.

sibilité éventuelle, pour l'appelante, d'acquérir son indépendance économique : « [t]his Court has been steadfast in warning judges against placing an undue emphasis on this factor, especially for spouses who takes steps towards achieving economic self-sufficiency after a long-term marriage »⁹⁴. La Cour rappelle enfin que l'ordonnance alimentaire en faveur de l'ex-époux peut avoir un fondement à la fois compensatoire et non compensatoire.

En l'espèce, la Cour est d'avis qu'il fallait tenir compte de la position de dépendance économique de l'appelante, de son âge, de ses problèmes de santé – un cancer du sein qui s'est manifesté à la fin de la vie commune et pour lequel l'appelante attend toujours une troisième chirurgie – et de la longue durée du mariage. Il faut aussi considérer que même si les parties n'ont pas eu d'enfant, l'appelante a renoncé à certains objectifs de carrière durant le mariage afin d'aider l'appelant à reconstruire sa pratique de dentisterie après sa faillite. Enfin, l'appelante est disposée à travailler à temps partiel. Bien qu'il ne soit pas possible, faute de preuve, de renverser la conclusion du premier juge suivant laquelle l'appelante a la capacité de travailler à temps plein, il faut admettre que sa réintégration au sein du marché du travail à l'âge de 54 ans, après plusieurs années sans travail à temps plein, présente certains défis. La Cour conclut donc :

When one takes into account the income of both parties, their capacity to generate additional income, the number of years of marriage and the age and health of the appellant, an amount of \$1,000 per month, indexed annually, is reasonable in the circumstances. [...] It takes into account, in particular, the non-compensatory function of support : see *Bracklow v. Bracklow*, [1999] 1 S.C.R. 420.⁹⁵

Cet arrêt démontre qu'il ne faut pas surestimer l'importance de l'un ou l'autre des objectifs édictés à l'article 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*⁹⁶ au moment de se pencher sur les aliments dus à l'ex-

94. *Droit de la famille* – 161445, 2016 QCCA 1044, par. 26.

95. *Ibid.*, par. 30.

96. L'article 15.2(6) de la *Loi sur le divorce* édicte : « L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :
a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec ;
b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge ;
c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause ;
d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable. »

époux. Une évaluation globale de la situation des parties est requise dans chaque cas. La pension alimentaire « idéale » doit bien sûr favoriser, dans la mesure du possible, l'atteinte de l'indépendance économique des parties. Or, elle doit aussi compenser les avantages ou les inconvénients économiques découlant du mariage ou de son échec, de même que les conséquences économiques découlant du soin des enfants à charge, s'il en est. Enfin, elle doit remédier à toute difficulté économique que cause l'échec du mariage. Son fondement peut donc être compensatoire, non compensatoire, ou les deux à la fois, sans qu'il soit forcément nécessaire de départager clairement les frontières entre ces deux assiettes.

Droit de la famille – 16403, 2016 QCCA 347

Dans cette affaire, les parties se marient en 1984. De 1987 à 2008, elles travaillent toutes deux pour le même employeur, un transporteur aérien. En 2008, après plus de 30 ans de service, le poste de l'intimé est aboli. Il est alors contraint de prendre sa retraite prématurément, à l'âge de 51 ans. En 2009, les parties se séparent. En 2013, elles s'entendent sur le partage des droits accumulés pendant le mariage dans le régime de retraite de leur employeur. Cette entente a pour effet d'abaisser la rente de l'intimé à 30 000 \$ par année. Quant à l'appelante, qui travaille toujours, elle percevra une rente de 8 370 \$ par année aux termes du partage.

L'objet du pourvoi concerne principalement le versement d'une pension alimentaire de type compensatoire par l'appelante au bénéfice de l'intimé. En effet, la première juge conclut que le partage des droits accumulés au titre de régime de retraite effectué entre les parties crée une iniquité envers l'intimé, engendrant pour lui un écart de 10 000 \$ net par année. Elle transforme cet écart en pension alimentaire de 15 468 \$ brut par année, que l'appelante devra payer au bénéfice de l'intimé. La première juge refuse d'imposer un terme à la pension alimentaire au motif que l'écart persistera toujours entre les parties, sauf en cas de prédécès de l'appelante.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume de la juge Bélanger, casse le jugement *a quo*. Elle rappelle d'abord les fondements sur lesquels repose l'obligation alimentaire entre ex-conjoints :

L'octroi d'une pension alimentaire au profit d'un ex-époux peut reposer sur trois fondements conceptuels : compensatoire, non compensatoire ou contractuel. La pension de type compensatoire vise à

dédommager le créancier alimentaire pour les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec, dont la perte de capacité de gain, d'avancement professionnel ou l'abandon d'une carrière, causés par les fonctions occupées pendant le mariage. La pension de type non compensatoire est axée sur les « besoins » de l'ex-conjoint et repose sur un devoir social et mutuel des époux, même après le prononcé du jugement de divorce. Enfin, la pension alimentaire de type contractuel émane d'une entente entre les parties.⁹⁷

La Cour est d'avis que la première juge commet une erreur de fait et de droit en compensant la perte de l'intimé dans ses droits de retraite au moyen de l'octroi d'une pension alimentaire. La perte partielle de l'intimé dans ses droits de retraite découle de la loi et d'une entente négociée entre les parties. De plus, « le partage du patrimoine familial constitue une compensation rétrospective, alors que la pension alimentaire en est une prospective »⁹⁸. Les critères d'attribution d'une pension alimentaire de type compensatoire ne sont pas présents. Les inconvénients subis par l'intimé ne découlent pas du mariage ou de son échec, mais plutôt de sa mise à la retraite forcée. En outre, le choix de l'intimé d'opter pour une rente réversible à 60 % payable à l'appelante à son décès n'entraîne pas une disproportion marquée entre les situations financières des parties. Il n'y a pas lieu à compensation entre les deux régimes – patrimoine familial et ordonnance alimentaire. De plus, aucune autre ordonnance alimentaire de type compensatoire ne pouvait ici être prononcée : l'intimé n'a pas fait de « sacrifices » ni vécu dans un lien de dépendance économique pendant le mariage. Ceci dit, il y a lieu à l'octroi d'une pension alimentaire de type non compensatoire au bénéfice de l'intimé. L'intimé est temporairement dans une situation financière plus difficile que l'appelante vu sa mise à la retraite forcée, et ce, jusqu'à ce que son âge lui permette de percevoir toutes les prestations de l'État auxquelles une personne retraitée a généralement droit. L'échec du mariage lui cause ainsi des difficultés. L'intimé n'est pas pour autant dispensé de faire des efforts pour générer des revenus supplémentaires, étant en bonne santé et ayant travaillé toute sa vie. L'octroi d'une pension alimentaire de 825 \$ par mois semble toutefois juste afin d'assurer un certain niveau de vie à l'intimé, étant entendu qu'elle pourra être révisée en cas de changement dans la situation des parties.

97. *Droit de la famille – 16403*, 2016 QCCA 347, par. 23.

98. *Ibid.*, par. 26.

Il faut retenir de cet arrêt que le partage du patrimoine familial obéit à certaines règles et qu'il ne convient pas de le confondre avec un autre régime, soit l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, afin de rééquilibrer la situation des parties. En d'autres termes, un patrimoine familial partagé équitablement entre ex-époux ne peut être compensé par l'octroi d'une pension alimentaire de type compensatoire à l'une des parties. Ceci dit, les difficultés que causerait éventuellement l'échec du mariage, notamment dans le cas où l'un des époux aurait perdu son emploi ou aurait été mis à la retraite à la fin de la vie commune, doivent être prises en compte. Un autre mécanisme adapté à ce genre de situation existe, à savoir l'octroi d'une pension alimentaire dite non compensatoire.

Droit de la famille – 16306, 2016 QCCA 269

La principale question en litige concerne ici la mise en œuvre de la convention sur mesures accessoires signée par les parties en février 2008 et exécutée volontairement par elles, sans homologation, jusqu'en mai 2013. Plus précisément, c'est le *quantum* de la pension alimentaire due à l'appelante qui constitue l'objet principal du pourvoi⁹⁹. La convention fixe cette pension à 240 000 \$ par année avec indexation annuelle, en plus d'une majoration de 42 % calculée sur les revenus nets annuels de l'intimé qui excèderaient la somme nette de 625 000 \$. La pension est sujette à révision en cas de changements significatifs dans la situation des parties et son terme est fixé à l'année 2030. Dès 2009, l'intimé souhaite renégocier le *quantum* de cette pension alimentaire, ce que l'appelante refuse. En 2013, l'intimé en réduit donc unilatéralement le *quantum* à 15 500 \$ par mois, soit 186 000 \$ annuellement, d'où le dépôt de la demande de l'appelante afin de faire entériner et déclarer exécutoire la convention.

En l'espèce, les parties amorcent une relation en 1987, alors qu'ils sont tous deux étudiants. L'appelante devient avocate et l'intimé devient cardiologue. Un premier enfant naît en 1990. Alors que l'enfant a 18 mois et contracte une grave varicelle, les parties conviennent que l'appelante quittera le marché du travail pour s'occuper de lui. En 1994 et en 1997, deux autres enfants naissent de l'union des parties, lesquelles se marient en 1997. Au fil du temps, l'appelante suit l'intimé là où sa profession le mène, en Hol-

99. Nous n'examinons pas les questions relatives au partage des gains sous les régimes de pension et à la provision pour frais, qui font l'objet de très courts motifs.

lande, à Ville B et en Ontario. L'appelante reçoit un diagnostic de fibromyalgie en 1996. En 2005, les parties se séparent. En 2008, le divorce des parties est prononcé par la Cour de la famille de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La convention sur mesures accessoires, que les parties signent en février 2008, n'est alors pas soumise à la Cour. La première juge refuse à présent d'entériner la convention au motif de l'absence de consentement libre et éclairé de l'intimé, causé par les pressions et le dol de l'appelante, de même qu'en raison de son caractère abusif. Elle fixe la pension alimentaire due à l'appelante à 115 000 \$ par année assortie d'un terme de trois ans.

La Cour d'appel du Québec doit déterminer si le tribunal de première instance applique de façon erronée les critères édictés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Miglin c. Miglin*¹⁰⁰, qui s'intéresse au fondement contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints. La Cour, sous la plume du juge Mainville, rappelle « [qu'u]n tribunal ne devrait pas rejeter une entente définitive entre les parties réglant toutes les questions relatives à leur divorce à moins d'être convaincu que l'entente n'est pas conforme, pour l'essentiel, aux objectifs généraux de la *Loi sur le divorce* »¹⁰¹, tout en soulignant qu'il « n'a pas à soumettre une telle entente à un examen fondé uniquement sur les objectifs du paragraphe 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, mais doit plutôt respecter le droit des parties d'appliquer leurs propres valeurs et d'atteindre leurs propres objectifs par le biais de l'entente »¹⁰². En outre, deux étapes à l'examen d'une convention négociée entre les parties sont nécessaires afin de trancher une demande d'aliments entre époux incompatible avec une telle convention. D'abord, le tribunal doit examiner les circonstances entourant la conclusion de l'accord, de même que l'adéquation entre le contenu de l'accord et les objectifs de la *Loi sur le divorce*. Ensuite, le tribunal doit déterminer si l'accord est toujours conforme aux intentions initiales des parties et aux objectifs poursuivis par la loi.

En l'espèce, l'examen de la convention échoue à la première étape de l'analyse. De fait, la Cour d'appel du Québec invalide les clauses de la convention relatives à la pension alimentaire payable au bénéfice de l'appelante. Contrairement au juge de première ins-

100. [2003] 1 R.C.S. 303.

101. *Droit de la famille - 16306*, 2016 QCCA 269, par. 47.

102. *Ibid.*, par. 48.

tance, la Cour est d'avis que l'intimé a été conseillé et qu'on ne peut conclure à l'existence d'un contexte oppressif au moment des négociations. Le fait que l'intimé ait travaillé de longues heures et que l'appelante ait souhaité déménager à Ville B ne constitue pas des « pressions indues ». De plus, la Cour n'est pas convaincue que le consentement de l'intimé ait été vicié par l'erreur provoquée par le dol de l'appelante. Même en admettant une erreur, elle ne paraît pas fatale à la validité de l'accord. La convention ne résiste toutefois pas à l'analyse au chapitre des objectifs de la *Loi sur le divorce* puisqu'elle perpétue à long terme une union économique entre les parties, une « société de fait », ce qui constitue l'essence d'un mariage et non d'un divorce :

Plutôt que de répondre à ces objectifs, la pension alimentaire prévue à la Convention perpétue les aspects économiques du mariage au moyen d'une société de fait, au bénéfice de l'appelante, sur l'ensemble des revenus de l'intimé, et ce, jusqu'à ce que cette dernière atteigne l'âge de 65 ans (et lui 70 ans). La pension alimentaire prévue par la Convention ne vise donc pas à compenser l'appelante de la perte d'une carrière autonome, mais cherche plutôt à lui permettre de bénéficier à long terme des revenus de son ex-conjoint cardiologue jusqu'à ce que ce dernier atteigne l'âge de 70 ans.

Les objectifs de certitude, du règlement définitif et de l'autonomie ne permettent pas, dans les circonstances de l'espèce, d'occulter l'écart disproportionné existant entre la Convention et les objectifs énoncés au paragraphe 15.2(6) de la loi.¹⁰³

Au surplus, il y a eu changement significatif dans la situation financière de l'intimé. Pour ces raisons, la convention signée entre les parties ne peut être entérinée au chapitre de la pension alimentaire due à l'appelante. Les autres dispositions de la convention n'en demeurent toutefois pas moins valides. La Cour d'appel du Québec fixe le *quantum* de la pension alimentaire établie au bénéfice de l'appelante à 200 000 \$ par an, indexé annuellement. Quant à la durée de cette pension, la Cour d'appel estime qu'une pension à durée indéterminée permet de tenir compte du changement significatif dans la situation financière de l'intimé tout en prenant acte des principes généraux de la convention, qui laissent entrevoir une pension alimentaire à long terme pour l'appelante.

Pour le notaire appelé à conseiller d'ex-époux qui souhaiteraient conclure un accord portant notamment sur l'aspect alimen-

103. *Ibid.*, par. 72 et 73.

taire, cet arrêt rappelle l'importance de procéder à une négociation basée sur les objectifs préconisés par la *Loi sur le divorce*. Bien que les parties aient une large discrétion et qu'elles puissent s'entendre sur les aliments payables au bénéfice de l'autre, tel que le laisse entrevoir l'article 15.2(4)c de cette loi, il y a des limites à ne pas franchir. En cela, la Cour d'appel aura estimé qu'afin d'être entériné, l'accord conclu entre les parties dans le cadre du divorce ne doit pas servir à perpétuer une forme d'union économique assimilable en tous points au mariage, les objectifs généraux édictés à la *Loi sur le divorce*, dont ceux de règlement définitif et d'autonomie, devant être pris en considération en sus des valeurs et des désirs exprimés par les parties. Aussi, cette interprétation présuppose que le cadre d'analyse élaboré dans l'arrêt *Miglin c. Miglin*¹⁰⁴ doit être appliqué dans tous les cas, peu importe que la convention conclue entre les parties soit à l'avantage ou au désavantage du créancier alimentaire. Le fondement contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-époux paraît ainsi fragilisé puisque l'arrêt de la Cour laisse à penser qu'en telle matière, les ex-époux n'auront plus la faculté de s'avantager au-delà de ce que prescrit la loi.

3.3 Du patrimoine familial

Une revue annuelle de la jurisprudence ne serait pas complète sans mentionner deux jugements qui confirment l'état du droit en matière de partage du patrimoine familial, un domaine où les notaires sont appelés à œuvrer régulièrement. En effet, les deux derniers arrêts étudiés reprennent des notions connues, d'une part quant à la renonciation à une déduction au sens de l'article 418 C.c.Q., et d'autre part au sujet du partage inégal consécutif à une faute économique de l'un des conjoints aux termes de l'article 422 C.c.Q.¹⁰⁵. Nous les voyons brièvement.

Droit de la famille – 163076, 2016 QCCA 2040

La valeur partageable de la résidence familiale, aux termes des règles sur le patrimoine familial, constitue l'objet principal du pourvoi. Il s'agit de déterminer si l'appelante a renoncé à la déduction

104. Préc., note 100. Pour un commentaire au sujet de l'arrêt *Miglin c. Miglin*, voir : Alain ROY, « La Cour suprême se prononce sur le poids des ententes alimentaires de divorce », (2004) 106 R. du N. 137.

105. Nous rappelons que l'auteur des revues précédentes, M^e Guy Lefrançois, a abondamment commenté les questions relatives au patrimoine familial.

prévue à l'article 418 C.c.Q. pour son apport à l'achat de la résidence familiale au moyen d'une donation reçue de son père pendant le mariage. Le tribunal de première instance conclut à l'existence d'une renonciation tacite de la part de l'appelante, et ce, en raison du mode de vie privilégié par les parties, qui se fonde sur la répartition des revenus et des dépenses.

La Cour d'appel du Québec adopte la thèse contraire. D'abord, elle rappelle « [qu']il est reconnu qu'une partie peut valablement, pendant le mariage, renoncer à la déduction de l'article 418 C.c.Q., alors que cela n'est pas possible pour un droit dans le patrimoine familial »¹⁰⁶. Elle ajoute que cette « renonciation doit être claire et non équivoque, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être tacite »¹⁰⁷.

Cela étant, la Cour est d'avis que les faits de l'espèce ne permettent pas d'inférer l'existence d'une renonciation à la déduction prévue à l'article 418 C.c.Q. D'une part, l'approche retenue par le tribunal de première instance étonne. Cette approche, qui s'appuie sur le calcul des dépenses assumées par les parties pendant le mariage, démontrerait que l'intimé a tenu promesse de compenser le don du père de l'appelante par une contribution plus importante aux besoins de la famille. Or, cette approche « ne tient pas compte du fait que l'appelante a donné naissance à deux enfants pendant la vie du couple, entraînant des contributions familiales d'un autre ordre, non quantifiables, mais tout aussi importantes »¹⁰⁸. De plus, la preuve de la renonciation, qui se base principalement sur les mots « don't worry » qu'aurait prononcés l'appelante en 1994, est au mieux équivoque, d'autant plus à la lumière du fait que les parties ignoraient tout du droit à la déduction jusqu'en 2010¹⁰⁹.

En somme, la Cour conclut que l'appelante n'a pas renoncé de manière claire et non équivoque à son droit à la déduction, de telle sorte que la valeur partageable de la résidence familiale doit être établie en conséquence.

106. *Droit de la famille – 163076*, 2016 QCCA 2040, par. 17.

107. *Ibid.*

108. *Ibid.*, par. 24.

109. Au surplus, selon la Cour d'appel, les autres éléments énumérés par le tribunal de première instance au soutien de sa conclusion quant à l'existence d'une renonciation ont tous un caractère équivoque. Voir : *ibid.*, par. 30 et 31.

Droit de la famille – 161400, 2016 QCCA 1035

Cette affaire met en lumière plusieurs aspects litigieux sur les mesures accessoires au divorce des parties¹¹⁰. Seul l'aspect relatif au partage du patrimoine familial fait l'objet de nos remarques. Il s'agit de déterminer si le tribunal de première instance a erré en ordonnant le partage égal du régime enregistré d'épargne retraite (REER) des parties.

Les parties sont mariées depuis 1996, après avoir vécu en union de fait pendant 10 ans. Elles se séparent en septembre 2013. L'appelante dépose sa demande en divorce en décembre 2013. Pendant la vie commune, l'appelante est chargée d'administrer les finances des parties, dont leurs REER. La stratégie de placement privilégiée par les parties est, d'un commun accord, prudente et peu risquée. Durant l'année précédant la rupture, l'intimé décide néanmoins, à l'insu de l'appelante, de retirer les sommes inscrites à son nom dans le REER, qui cumulent 62 000 \$, et de les miser progressivement dans des titres boursiers à haut risque¹¹¹. Lorsque l'appelante l'apprend, l'intimé n'a plus que 20 000 \$ dans son REER. L'appelante l'exhorte à mettre fin à ces transactions et à investir le reliquat des sommes dans un véhicule de placement sécuritaire. L'intimé n'en fait rien : en décembre 2013, il ne lui reste qu'un maigre montant de 6 700 \$. Quant à l'appelante, son REER aura au contraire pris de la valeur pendant la vie commune, cumulant un total de 60 606 \$ à la même époque.

La Cour d'appel rappelle qu'une mauvaise gestion des finances ne peut à elle seule justifier un partage inégal du patrimoine familial, sauf en cas de faute économique¹¹². Or, en l'espèce, l'intimé a fait bien plus que gérer de manière inadéquate un bien du patrimoine familial. Il « s'est aventuré à l'aveuglette dans un domaine inconnu et a rompu l'engagement pris avec l'appelante de maintenir une stratégie de placement commune, de se consulter et d'investir ces sommes de façon prudente »¹¹³. Pis encore, il a ignoré les avertis-

110. Parmi ceux-ci, on compte notamment la pension alimentaire pour enfants, les frais particuliers, le partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts, la pension alimentaire au bénéfice de l'ex-conjointe et la provision pour frais.

111. L'arrêt n'est pas clair quant à savoir si, au moment d'investir dans les placements à haut risque, les sommes ont été maintenues dans des véhicules de placement enregistrés.

112. À ce sujet, voir : *M.T. c. J.-Y. T.*, [2008] 2 R.C.S. 781.

113. *Droit de la famille – 161400, 2016 QCCA 1035*, par. 34.

sements de l'appelante jusqu'au « naufrage annoncé ». Selon la Cour, « sa témérité, sa désinvolture et sa persistance à vouloir spéculer à l'insu et à l'encontre de l'avis de l'appelante constituent des fautes économiques »¹¹⁴. La Cour d'appel ordonne donc un partage inégal des REER, de telle sorte que chaque partie conservera la valeur des sommes accumulées dans son propre REER.

CONCLUSION

Au terme de cette revue de la jurisprudence, il faut garder à l'esprit le rôle de premier plan que pourra jouer le notaire au moment de conseiller des parties se heurtant à un problème de droit familial. Qu'il s'agisse de questions relatives à la filiation, au mariage ou aux mesures accessoires à la rupture telles que les aliments dus à l'enfant, l'obligation alimentaire entre ex-conjoints et le partage du patrimoine familial, les champs d'expertise du notaire sont vastes. Souhaitons d'ailleurs qu'au cours des prochains mois, la pratique notariale investisse pleinement le nouveau champ de compétence prévu à l'article 303(7) C.p.c., qui permet au notaire de représenter des clients devant les tribunaux dans le cadre de la présentation d'une « demande conjointe sur projet d'accord qui règle les conséquences de la séparation de corps, du divorce ou de la dissolution de l'union civile des conjoints ».

Soulignons enfin les profonds bouleversements qui marquent aujourd'hui, plus que jamais, le droit de la famille québécois. L'état du droit, tout en étant confirmé par les tribunaux, est aussi souvent clarifié, transformé, voire fortement ébranlé. Le notaire intéressé par le droit familial doit évidemment en prendre acte, mais aussi agir comme un acteur de changement afin que le législateur s'engage à opérer, dans les meilleurs délais, une réforme du droit de la famille qui tienne compte des nouvelles réalités conjugales et familiales.

114. *Ibid.*, par. 35.