

Regards sur les systèmes de partage des biens en droit matrimonial québécois et ontarien

Jacques Beaulne

Volume 16, Number 3, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059284ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059284ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaulne, J. (1985). Regards sur les systèmes de partage des biens en droit matrimonial québécois et ontarien. *Revue générale de droit*, 16(3), 591–624.
<https://doi.org/10.7202/1059284ar>

Article abstract

Based on the philosophical point of view that marriage is a form of partnership, both Ontario and Québec legislations have adopted similar guidelines regarding the partition of the spouses' assets. However, the introduction of secondary rules has proven to lead to radically different solutions. This is partly due to the method of qualifying assets, which varies in both provinces, and partly to the fact that, in Ontario, there is a single mass of assets subject to partition. Even the mechanism of division of assets is totally different in the two legislations, Québec spouses relying on pure mathematics to solve their problem, while Ontario consorts depend mostly on less certain equity rules. Nevertheless, and even though the Civil Law method has not raised much jurisprudence, the Common Law point of view does have the advantage of taking into consideration the unique status of each marriage.

Regards sur les systèmes de partage des biens en droit matrimonial québécois et ontarien

JACQUES BEAULNE

Notaire et professeur, Faculté de droit,
Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Issus d'une philosophie du mariage fondée sur l'idée de mise en commun de ressources, les principes-directeurs gouvernant le partage des biens des conjoints à l'occasion d'une dissolution de mariage sont identiques au Québec et en Ontario. Aussi est-il étonnant de constater que les résultats ultimes soient si différents. Il faut cependant comprendre que l'application de règles complémentaires tend à faire emprunter à chacune des législations des voies qui n'ont rien en commun. La rigueur des opérations de partage au Québec offre un contraste marquant avec la subjectivité et l'équité soulevées par les tribunaux ontariens. Mais la simplicité des procédés n'a pas que des avantages, et certains ont reproché à la société d'acquêts cette cécité dans l'application de ses principes.

ABSTRACT

Based on the philosophical point of view that marriage is a form of partnership, both Ontario and Québec legislations have adopted similar guidelines regarding the partition of the spouses' assets. However, the introduction of secondary rules has proven to lead to radically different solutions. This is partly due to the method of qualifying assets, which varies in both provinces, and partly to the fact that, in Ontario, there is a single mass of assets subject to partition. Even the mechanism of division of assets is totally different in the two legislations, Québec spouses relying on pure mathematics to solve their problem, while Ontario consorts depend mostly on less certain equity rules. Nevertheless, and even though the Civil Law method has not raised much jurisprudence, the Common Law point of view does have the advantage of taking into consideration the unique status of each marriage.

SOMMAIRE

Introduction.....	592
I. Le concept de partage	593
A. Les principes-directeurs du partage	595
1) Le partage ne vise que certains biens	595
2) Le partage s'opère en parts égales	595
B. Les conséquences des principes-directeurs sur la notion de partage	596
1) Au Québec	596
2) En Ontario	599
II. La réalisation du partage	602
A. Le partage en deux étapes du Québec	602
1) Le mécanisme des récompenses	603
a) Nature du mécanisme	603
b) Portée du mécanisme.....	604
c) Techniques du mécanisme	605
2) Les opérations de partage	607
B. Le partage en trois étapes de l'Ontario	609
1) Le partage provisoire.....	610
2) Les correctifs au partage provisoire	611
a) Atténuations au principe-directeur selon lequel les <i>family assets</i> sont partagés également entre les conjoints : le paragraphe 4(4) <i>F.L.R.A.</i>	613
b) Atténuations au principe-directeur selon lequel seuls les <i>family assets</i> sont partagés : le paragraphe 4(6) <i>F.L.R.A.</i>	619
3) Le partage final.....	621
Conclusion.....	622

INTRODUCTION

1. Après avoir comparé la qualification des biens des époux en droit québécois et ontarien¹, il semble opportun de pousser plus loin notre étude comparative et d'aborder en conséquence la question de partage des biens rendu nécessaire par le divorce, la nullité du mariage ou la séparation de corps des conjoints.

2. L'infrastructure des deux systèmes juridiques est très différente en matière de partage des biens des époux. En effet, le processus du partage de la société d'acquêts en droit québécois se déroule en deux étapes distinctes : d'abord une première procédure, surtout mathématique, sert à établir des comptes de récompenses; puis une seconde, plus juri-

1. Jacques BEAULNE, « Critères de qualification des acquêts et des *family assets* en droit québécois et ontarien », (1984) 15 R.G.D. 537.

dique, vient clore les opérations de partage. En soi, la technique n'a rien de remarquable, et cette procédure en deux temps nous semble peut-être même simpliste.

Elle diffère néanmoins tellement des moyens préconisés par le législateur ontarien qu'elle mérite qu'on s'y attarde. En effet, ce qui ressort surtout des opérations de partage entre les époux ontariens, c'est d'abord une certaine complexité, due principalement au fait qu'on doit généralement procéder à deux partages : l'un fictif et provisoire, l'autre réel et final.

Par ailleurs, le mécanisme du partage en droit ontarien comprend une étape intermédiaire, qui n'est pas sans évoquer celle des récompenses au Québec, mais qui se veut avant tout une mesure d'équité que les juges utilisent entre les étapes du partage fictif et du partage réel. Enfin, et tout comme au niveau de la qualification des biens des époux, l'intervention omniprésente des tribunaux rend plus périlleuse l'élaboration de règles certaines. Cependant, comme nous le verrons, cette supervision judiciaire n'est pas nécessairement un inconvénient en toutes circonstances, nonobstant la lourdeur des procédures qu'elle est susceptible d'entraîner.

3. Malgré les différences soulignées ci-haut entre les deux systèmes, il ne faudrait pas croire pour autant que les positions prises par chacun des législateurs sont inconciliables. Au contraire, tous deux ont adopté des principes-directeurs identiques concernant le partage. Ce n'est qu'au niveau de la réalisation du partage que se manifestent les divergences des politiques législatives de chacun des systèmes. Et pourtant, nous constaterons que l'application des principes alors en cause a souvent comme conséquence de modifier radicalement les principes-directeurs initiaux.

I. LE CONCEPT DE PARTAGE

4. La recherche de principes fondamentaux régissant le partage des biens des conjoints implique avant tout une interrogation philosophique sur les buts juridiques mêmes du mariage. Est-ce que le mariage est une forme « d'entreprise », où les époux unissent leurs avoirs en vue de les faire fructifier ou d'en mieux jouir?

5. Les incidences légales du mariage ont une connotation nettement financière, car outre ses effets évidents sur l'état des personnes, le mariage a généralement des répercussions sur les biens des époux. Il est certain qu'au Québec, et même en Ontario, les époux peuvent limiter en partie ces répercussions, en choisissant, pour le premier, le régime contractuel de la séparation de biens, et en modifiant les règles de jeu, pour le second, par le biais d'un contrat de mariage. Les conjoints qui optent en ce sens quittent cependant les philosophies juridiques de leur législateur respectif telles que proposées dans leur régime légal.

Quant aux répercussions sur les biens des conjoints, leur ampleur et leur portée dépendent essentiellement de la conception que chaque législateur se fait du mariage.

Si le législateur considère que l'union des personnes ne doit pas avoir d'influence sur les biens, au delà de la contribution aux besoins de la famille, il choisira, comme régime légal, un régime d'indépendance des patrimoines. En revanche, si pour le législateur l'union des personnes doit avoir une incidence plus ou moins grande sur les biens des époux, parce qu'il veut tenir compte de la participation des époux à l'augmentation du patrimoine, il choisira [...] un régime de partage de biens².

6. Or c'est cette seconde perspective du mariage qui semble avoir été retenue tant par le législateur québécois que par le législateur ontarien. Ainsi, le Québec a opté, dès 1969, pour « un système qui allie le principe d'autonomie [...] au principe de justice qui veut qu'au moment de la dissolution du régime, les économies de l'un et de l'autre des époux soient susceptibles d'être partagées entre eux³ ».

7. De son côté, la réforme ontarienne du droit de la famille s'est inscrit dans la même voie, considérant le mariage sous une perspective identique à celle du législateur québécois.

D'ailleurs, le préambule même de la *Family Law Reform Act* (F.L.R.A.)⁴ énonce clairement l'idée-maîtresse qui gouverne le concept de partage en droit matrimonial ontarien :

AND WHEREAS [...] it is necessary to recognize the equal position of spouses as individuals within marriage and the recognize marriage as a form of partnership;

AND WHEREAS in support of such recognition it is necessary to provide in law for the orderly and equitable settlement of the affairs of the spouses upon the breakdown of the partnership [...]

ATTENDU qu'il est nécessaire [...] de reconnaître l'égalité des conjoints dans le mariage, et de reconnaître au mariage la qualité de société.

ATTENDU que cette reconnaissance doit s'étayer de dispositions légales qui prévoient le règlement ordonné et équitable des affaires des conjoints en cas d'échec de cette société.

2. ERNEST CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1981, n° 70, p. 48.

3. JEAN PINEAU et DANIELLE BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984, p. 125.

4. R.S.O. 1980, chap. 152. À noter que seuls les textes anglais de la Loi cités dans le présent article sont officiels, les textes français n'étant qu'une codification administrative publiée par le ministère du Procureur général de l'Ontario.

A. LES PRINCIPES-DIRECTEURS DU PARTAGE

8. Aussi n'est-il pas étonnant de retrouver dans les législations québécoise et ontarienne des principes-directeurs identiques gouvernant le partage.

1) Le partage ne vise que certains biens

9. Au Québec, c'est l'article 499 *C.c.Q.* qui énonce le principe à l'effet que seuls les acquêts de chaque conjoint sont sujets au partage, les propres en étant toujours à l'abri.

Le législateur a donc opté pour la création de deux catégories de biens : d'une part les biens partageables (les acquêts), et d'autre part ceux qui ne le sont pas (les propres). Quant aux critères qui permettent de distinguer les uns des autres, nous référons le lecteur à la première partie de cette étude⁵. Qu'il nous suffise de mentionner que la classification ne repose plus, comme on en avait pris l'habitude dans l'ancien droit, sur la nature mobilière ou immobilière des biens, le législateur ayant constaté, à l'instar du reste de la société, que les biens meubles pouvaient avoir une grande valeur⁶.

10. Par ailleurs, il y a dédoublement des catégories, puisque chacun des conjoints est susceptible de posséder des acquêts et des propres ; on parlera en conséquence des acquêts ou des propres du mari et des acquêts ou des propres de l'épouse.

11. En Ontario, on retrouve une situation comparable, le paragraphe 4(1) de la *F.L.R.A.* accordant aux époux le droit de partager les *family assets*. Ces derniers actifs sont les seuls qui soient susceptibles d'être divisés entre les époux, les *non-family assets* demeurant en principe écartés de tout partage.

Toutefois, à la différence des acquêts, les *family assets* ne forment qu'une seule masse. On ne peut donc parler en Ontario des *family assets* du mari ou de ceux de l'épouse. Il n'y a que les *family assets* du ménage. Cette unicité de la masse partageable s'inscrit d'ailleurs dans une perspective logique faisant du mariage une association. La masse partageable est donc formée des biens « mis en commun » par les deux associés.

2) Le partage s'opère en parts égales

12. Ce principe-directeur découle de la reconnaissance de l'égalité des conjoints dans le mariage. Il apparaît en effet normal que chacun d'eux, bénéficiant d'une place égale au sein de leur union partage également avec l'autre les biens sujets à partage.

5. J. BEAULNE, *loc. cit. supra*, note 1.

6. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, n° 71, p. 49.

Au Québec, c'est l'article 514 *C.c.Q.* qui édicte le principe. En Ontario, le paragraphe 4(1) *F.L.R.A.* prescrit le partage égal des *family assets*, concrétisant par le fait même la perspective initiale du législateur à l'égard du mariage, forme d'association.

B. LES CONSÉQUENCES DES PRINCIPES-DIRECTEURS SUR LA NOTION DE PARTAGE

13. Sur la base des deux principes-directeurs établis précédemment, il devient intéressant d'analyser leurs conséquences sur le concept même de partage dans chacune des législations. L'exercice se révèle d'autant plus profitable qu'on se rend rapidement à l'évidence qu'à partir de principes-directeurs similaires, les deux législations s'engagent pourtant dans des voies fort différentes.

1) Au Québec

14. Une première constatation découle en partie des principes-directeurs et en partie de la philosophie même existante derrière la société d'acquêts : le partage est un droit accordé aux époux.

L'article 499 *C.c.Q.* établit d'ailleurs clairement l'existence d'un tel droit. En ce sens, chacun des époux peut donc exiger la moitié des acquêts de son conjoint sans avoir à établir préalablement des prétentions quelconques. Il n'a pas à justifier une participation à l'existence ou à l'enrichissement des acquêts ou des propres de l'autre : son droit au partage découle directement du régime matrimonial et n'est soumis à aucun autre prérequis. Il n'est pas nécessaire non plus pour l'époux d'invoquer l'existence d'une inéquité entre ses acquêts et ceux de son conjoint.

Le choix d'un époux de demander le partage des acquêts de son conjoint n'est donc pas un simple privilège que lui accorde la loi. La situation est fort différente au niveau de la prestation compensatoire, où la réclamation d'un conjoint contre l'autre est fondée sur le principe qu'il y a lieu « de compenser la personne qui grâce à son travail ou à ses biens a contribué à l'enrichissement de son conjoint »⁷. Dans ce contexte, il n'est certes pas faux de prétendre que la demande de compensation est un privilège accordé à certains conjoints, sous certaines conditions. Cette

7. Sylvie MASSE, « L'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire depuis le 1^{er} décembre 1982 », (1984-85) 87 *R. du N.* 145, p. 146. L'époux demandeur doit prouver que son apport a contribué à l'enrichissement de son conjoint. Voir E. CAPARROS, « Le partage des biens en société d'acquêts », dans *Payne's Digest on Divorce in Canada*, Rec. 4, Don Mills, Richard de Boo, 82-401, n° 50, p. 82-421.

compensation, qu'on a déjà qualifiée de partage⁸, n'a absolument rien à voir avec le partage auquel a droit chacun des époux en société d'acquêts.

Le fait que le partage soit un droit n'implique cependant pas qu'il soit une obligation imposée aux époux. Chacune d'eux demeure en effet libre de demander ou non le partage des acquêts de l'autre. Ce n'est qu'en de rares occasions que la loi oblige l'un d'eux à accepter le partage des acquêts de l'autre : tels sont le détournement ou le recel d'acquêts (art. 503 C.c.Q.) et l'immixtion (art. 500 al. 2 C.c.Q.).

Toutefois, au droit pour chaque époux d'exiger le partage des acquêts de l'autre correspond l'obligation pour ce dernier de s'y soumettre. Si l'époux requiert le partage des acquêts de son conjoint, ce dernier ne peut refuser ce partage. Chacun peut refuser de demander de partager les acquêts de l'autre, mais non de partager les siens!

En outre, il n'est pas permis aux époux d'abdiquer leur droit au partage. Ce n'est que de la dissolution du régime matrimonial que naît le droit au partage pour chacun des conjoints; toute acceptation ou renonciation au partage qu'ils prétendraient faire avant cette époque serait nulle de nullité absolue, le droit au partage n'était point encore né⁹.

Il faut distinguer cette situation de celle où, postérieurement à la dissolution du régime, les époux acceptent ou renoncent au partage des acquêts de l'autre. En ce cas, il n'y a pas abdication, mais bien exercice du droit au partage. Ce n'est pas abdiquer son droit au partage que de refuser le partage des acquêts de son conjoint, lorsque ce droit est né.

15. En second lieu, le partage en société d'acquêts comporte deux caractéristiques que l'on ne retrouve pas en Ontario.

Ce sont la réciprocité et l'indépendance qui, au Québec, découlent d'un seul et même fait : la présence, en société d'acquêts, de deux masses partageables. À la différence des régimes communautaires, où les biens partageables constituent une seule masse commune, le régime de la société d'acquêts met en présence deux masses susceptibles d'être partagées : les acquêts du mari et les acquêts de l'épouse¹⁰. C'est sans aucun doute ce dédoublement des masses, que l'Ontario n'a pas retenu, qui explique en grande partie les écarts considérables entre deux législations qui avaient, au point de départ, des philosophies communes.

La règle de la réciprocité du droit au partage implique que chacun des conjoints est titulaire de ce droit. Il y a donc en réalité deux droits au partage : celui du mari et celui de la femme. L'indépendance de ces

8. Denyse GUAY-ARCHAMBAULT, « Regards sur le nouveau droit de la famille au Canada anglais et au Québec », (1981) 22 *C. de D.* 723, p. 780.

9. Voir Jacques AUGER, « Une formule pas comme les autres », (1973-74) 76 *R. du N.* 407, p. 408.

10. Art. 507 C.c.Q. Voir J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit. supra*, note 3, p. 175; D. GUAY-ARCHAMBAULT, *loc. cit. supra*, note 8, p. 777; E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 39, p. 82-416.

droits signifie que le choix fait par l'un des époux n'a aucune conséquence sur celui de l'autre. C'est pourquoi les deux conjoints peuvent tout aussi bien accepter ou renoncer tous deux au partage des acquêts de l'autre, comme l'un peut accepter et l'autre refuser. Ce sont donc des droits absolument identiques, indépendants et réciproques.

16. En troisième lieu, il faut se rendre compte du lien que fait le législateur québécois entre le droit au partage et le droit de propriété. C'est d'ailleurs ce qui nous fait dire du droit au partage qu'il est subsidiaire au droit de propriété, et ce à deux niveaux. D'abord, vu la présence de deux masses d'acquêts, la qualification même des biens comme acquêts ou propres est subordonnée à la question de propriété. On qualifie en effet un bien « d'acquêt du mari » ou « acquêt de l'épouse », et non « acquêt de la société ». En d'autres termes, la qualification d'un bien comme acquêt suppose nécessairement qu'il y a préalablement eu détermination du droit de propriété.

Cette notion de propriété est d'ailleurs si fondamentale que le législateur a même prévu le cas où la propriété ne peut être prouvée. L'article 492 *C.c.Q.* dispose que le bien dont on ne peut prouver l'appartenance « est présumé appartenir aux deux [époux] indivisément, à chacun pour moitié ».

D'autre part, cette notion primordiale de propriété des biens a comme corollaire de garantir à l'époux propriétaire un minimum de droits dans le bien. Car dès qu'un bien est qualifié « d'acquêt du mari », ce dernier est assuré de conserver au moins 50 % de ce bien. Et advenant le cas où l'épouse renonce au partage des acquêts du mari, c'est même la totalité du bien qui appartiendra à celui-ci. La part d'un conjoint dans ses acquêts est donc toujours d'au moins la moitié; elle peut être totale si l'autre refuse le partage.

À l'inverse, l'époux non propriétaire d'un acquêt peut espérer tout au plus en obtenir la moitié, à la condition qu'il opte pour le partage des acquêts de son conjoint.

17. La société d'acquêts, tout en reconnaissant à chacun des époux le droit de partager les biens de l'autre, subordonne néanmoins ce droit à la propriété. La position du législateur ontarien, nous le verrons, se détache carrément de cette philosophie¹¹.

Ce caractère subsidiaire du droit au partage est également évident lors des opérations mêmes du partage, où le choix du mode de règlement du partage est accordé à l'époux titulaire du patrimoine. L'article 514 *C.c.Q.* confère en effet à l'époux qui est propriétaire du bien dont le conjoint a requis le partage la possibilité de désintéresser en tout ou en partie ce dernier en lui en payant la valeur. Le partage est donc en principe

11. *Infra*, par. 21 et suiv.

en nature, sous réserve de cette faculté de désintéressement accordée à l'époux titulaire.

Il n'est pas question enfin de régler le partage au moyen d'une somme forfaitaire, car le partage de la société d'acquêts est une mesure fondée sur le droit, et non sur l'équité. Dans une action en partage, le tribunal ne pourrait donc pas s'écarter de la proportion et du mode de partage en invoquant l'équité, et ordonner à l'un des époux de verser à l'autre une somme forfaitaire à la place de la part à laquelle lui donne droit son régime. Pour cette même raison, il est certain qu'un des conjoints ne pourrait refuser de partager ses acquêts avec l'autre sous prétexte, par exemple, que le second a des propres et lui pas. Les conjoints pourraient par contre convenir que, contrairement à l'article 514 *C.c.Q.*, le partage des acquêts se fera autrement que par moitié, et peut-être même prévoir certaines modalités de partage¹². Si ces conventions sont antérieures à la dissolution, on pourra les accepter car elles ne mettent pas à l'écart le droit au partage, mais uniquement la quantité des parts. En outre, ces conventions ne sont-elles pas des conventions matrimoniales qui, si faites suivant les formes de l'article 472 *C.c.Q.*, sont parfaitement valides? On serait alors en présence d'un régime matrimonial différent de la société d'acquêts, du moins quant aux règles de partage.

Si par contre la convention des époux survient après la dissolution du régime, au cours des opérations de liquidation, il ne saurait être question de modification de régime, celui-ci n'existant plus. Il s'agirait alors tout simplement d'une convention de partage, que l'article 514 *C.c.Q.* n'interdit pas¹³.

18. Enfin, cette préséance des règles de droit sur l'équité a comme conséquence que, bien que les tribunaux puissent intervenir à diverses étapes en cours de liquidation¹⁴, il faut bien noter que jamais ces interventions ne sont faites pour des motifs autres que les textes formels du Code. Les tribunaux n'ont pas discrétion pour apprécier les facteurs étrangers au partage, tels la situation financière des époux, leurs mérites et efforts respectifs et leurs apports au ménage.

2) En Ontario

19. Il y a peu, à certains égards du moins, de différences marquées au niveau des répercussions des principes-directeurs entre les législations ontarienne et québécoise.

12. J. AUGER, *loc. cit. supra*, note 9, pp. 407 et suiv.

13. L'art. 514 *C.c.Q.* ne fait pas partie des dispositions impératives. Cf. art. 440 et suiv. *C.c.Q.*

14. Par exemple dans les cas d'immixtion (500 *C.c.Q.*), de renonciation préjudiciable aux créanciers (502 *C.c.Q.*), de recel (503 *C.c.Q.*) et de protection de certains droits portant sur la résidence familiale et les meubles (515 *C.c.Q.*).

D'une part, le droit au partage est un droit reconnu officiellement aux époux par le paragraphe 4(1) *F.L.R.A.* Une telle reconnaissance s'inscrit logiquement dans le sillage d'une conception du mariage en tant qu'association. N'est-il pas en effet normal que deux personnes qui forment entre elles une association aient droit, lors de sa dissolution, à une part des biens compris dans cette association? Il y a, dès le moment du mariage, une présomption que certains biens seront sujets à un partage lors de la dissolution du régime¹⁵. Toutefois, ce droit au partage n'est pas automatique; il est présumé seulement. En d'autres termes, le seul fait du mariage ne donne pas toujours droit à ce partage. Il faut garder en tête la perspective du législateur ontarien : il y aura partage des biens utilisés en commun. Si les époux n'ont pas fait cette démarche essentielle, soit celle d'utiliser certains biens aux fins mentionnées à l'alinéa 3b) *F.L.R.A.*, le droit au partage sera inexistant.

20. Il n'y a pas jusqu'ici de divergence marquée entre les conceptions du partage au Québec et en Ontario. Chacune des deux législations reconnaît le droit au partage qui naît du mariage, indépendamment des situations respectives de chacun des époux; en ce sens, aucune ne fait du droit de partager certains biens une reconnaissance officielle de la contribution du conjoint au foyer¹⁶.

D'autre part, le principe même faisant du partage un droit accordé aux conjoints leur permet d'exercer ce droit sans qu'ils doivent préalablement satisfaire à des exigences particulières. C'est là une des conséquences normales de tout régime matrimonial fondé sur un système à partage différé¹⁷. Le conjoint qui réclame sa part des *family assets* n'a donc à prouver ni la propriété des biens, ni l'existence d'une contribution qu'il aurait faite à l'égard de ceux-ci.

21. Les législations ontarienne et québécoise empruntent cependant des voies contraires dès qu'il est question de masses partageables. En effet, jusqu'ici, chacune d'elles s'entendait pour dire que le partage est un droit pour les époux, que seuls certains biens sont partageables et que, s'il y a un partage, celui-ci s'opère lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet du partage.

Le législateur québécois, tout en reconnaissant à la société d'acquêts sa philosophie de base fondée sur l'esprit de mise en commun des ressources des époux, n'a pas choisi d'adopter les structures du régime communautaire traditionnel¹⁸. Aussi ne retrouve-t-on pas dans la société d'acquêts une masse commune comme dans les régimes de communauté. Il y a deux masses partageables : les acquêts du mari et les acquêts de

15. Sur les diverses perspectives du partage voir Denyse GUAY-ARCHAMBAULT, *loc. cit. supra*, note 8, p. 749.

16. *Ibid.*

17. *Id.*, p. 750.

18. J. PINEAU et D. BURMAN, *loc. cit. supra*, note 3, p. 125.

l'épouse. En outre, la question de partage elle-même est tributaire du droit de propriété : avant de qualifier un bien d'acquêt ou de propre, il faut d'abord l'inclure dans le patrimoine de l'un ou l'autre des époux.

22. Le législateur ontarien par contre n'a pas cru bon de sacrifier le principe initial du *partnership* des époux à cette notion de propriété individuelle. Aussi n'a-t-il pas hésité à écarter, pour les fins de partage du moins, la question de la propriété des biens. Le paragraphe 4(1) de la *F.L.R.A.* est d'ailleurs très clair à ce sujet, affirmant que chacun des conjoints a droit au partage des *family assets* "notwithstanding the ownership of the assets by the spouses as determinable for other purposes"¹⁹. Pour les fins de partage, la notion d'association prime sur le droit de propriété. Évidemment, il ne peut être question de partage que si les biens sont la propriété de l'un ou l'autre des époux, mais à ce stade, il importe peu de déterminer auquel des deux ils appartiennent.

Cette attitude de la loi ontarienne s'explique principalement par la notion de *partnership*. En effet, comme les époux ont décidé de faire une mise en commun de certains de leurs biens²⁰, n'est-il pas logique de considérer ces mêmes biens comme étant la « propriété » du *partnership* ainsi formé? Par cette abstraction volontaire de la question de propriété individuelle, le législateur crée en quelque sorte une masse de « biens communs ». La détermination de la propriété individuelle devient alors moins pertinente. Mais cette exclusion du droit de propriété des conjoints est temporaire, rappelons-le. Elle ne sert qu'à une seule fin bien précise : déterminer le partage des *family assets*. Lorsque, en certaines circonstances exceptionnelles, le partage des *non-family assets* est ordonné par le tribunal²¹, la notion de propriété est prise en considération²².

Enfin, cette unicité de la masse partageable fait en sorte qu'il ne peut y avoir de partage au profit d'un époux sans entraîner le même effet à l'égard de l'autre. En ce sens, le droit des époux au partage n'est pas, comme au Québec, indépendant et réciproque. On pourrait même prétendre qu'il n'y a, en Ontario, qu'un seul droit au partage, qui peut

19. La question de la propriété des biens n'a aucune incidence sur le droit au partage des *family assets*, ni sur la qualification des biens : elle devient cependant importante dans le cadre d'autres procédures, v.g. les articles 7 (*Determination of questions of title between married persons*) 8 (*Contribution to property*) et 11 (*Presumptions*). Voir Winnifred H. HOLLAND, "Reform of Matrimonial Property Law in Ontario", (1978) 1 *Can. J. Fam. L.* 3, p. 20; *The Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*, 3rd ed., Volume 14, Carswell, 1984 Supplement, Title 75 : Husband and Wife, n° 238, pp. 75-82.

20. C'est-à-dire les *family assets*, dont la qualification s'établit conformément à l'al. 3b) *F.L.R.A.*

21. Par. 4(6) *F.L.R.A.*

22. En effet, le tribunal peut ordonner le partage de certains des *non-family assets* du mari ou de l'épouse. Mais il ne peut être question des *non-family assets* du *partnership*, ces biens étant par essence exclus de cette association.

être exercé par l'un ou l'autre des époux; l'exercice par l'un produit toujours ses effets à l'égard de l'autre.

II. LA RÉALISATION DU PARTAGE

23. Après avoir étudié les deux principes-directeurs du partage au Québec et en Ontario, il paraît essentiel de procéder à l'application de ceux-ci dans leur « environnement naturel », c'est-à-dire dans le cadre même d'un partage entre époux. Nous prendrons alors pleinement conscience de similitudes, mais surtout des dissemblances entre les deux systèmes juridiques.

En fait, l'ensemble du processus du partage des biens acquis au Québec ou des *family assets* en Ontario est fondamentalement différent dans chacune des provinces; cet écart est en partie attribuable au fait que les époux québécois ont deux masses de biens à partager alors que les conjoints ontariens n'en ont qu'une seule. Mais la véritable source de cette différence provient de l'équité, « matière première » des partages ontariens et qui ne trouve pas d'application comparable dans le cadre du partage au Québec. Cette seule notion suffit à introduire dans les opérations de partage une certaine complexité à laquelle les juristes du Québec ne sont guère acclimatés.

A. LE PARTAGE EN DEUX ÉTAPES DU QUÉBEC

24. La procédure du partage des biens en société d'acquêts se résume à deux étapes, soit d'une part l'établissement final des masses partageables qui s'opère par la voie des récompenses et d'autre part les opérations mêmes de partage. Toutes deux ont néanmoins pour but de rétablir un équilibre entre certaines masses. Les récompenses jouent un rôle entre propres et acquêts de chaque conjoint individuellement, alors que le partage intervient au niveau des acquêts de chaque conjoint. On a d'ailleurs qualifié le rôle de ces mécanismes en disant du premier qu'il rétablit l'équilibre statique du patrimoine de chaque conjoint, et du second qu'il rétablit l'équilibre dynamique entre les acquêts des conjoints²³. D'autres auteurs, sans pour autant attribuer de rôle spécifique à chacune d'elles, ont quand même reconnu la présence de ces deux étapes²⁴.

23. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, pp. 122 et suiv.

24. J. PINEAU D. BURMAN, *op. cit. supra*, note 3, pp. 195 et suiv.

1) Le mécanisme des récompenses

a) Nature du mécanisme

25. Dans un régime matrimonial comme la société d'acquêts, où seules certaines masses spécifiques son sujettes à partage, il est essentiel d'instaurer un système qui à la fois permet une qualification des biens, tout en prévenant que, par osmose, une masse ne profite indûment d'un enrichissement au détriment de l'autre.

Le mécanisme des récompenses permet donc aux époux de comptabiliser avec précision la valeur exacte de leurs propres et acquêts respectifs. Il fige le déséquilibre qui a pu se créer pendant la durée du régime²⁵ et rétablit une fois pour toutes les valeurs réelles des patrimoines propres et acquêts de chacun des conjoints.

Le système des récompenses constitue avant tout l'application d'une comptabilité différée :

Il s'agit d'une comptabilité différée qui permet aux époux de n'avoir pas à vivre en comptable et d'employer librement ses propres ou ses acquêts pendant le régime, sachant qu'à l'étape précédant le partage l'étanchéité entre le patrimoine de propres et celui des acquêts sera rétablie par la voie des récompenses afin de déterminer la masse partageable²⁶.

26. L'application des récompenses vise essentiellement le rétablissement d'un équilibre interne entre les masses de chaque époux. Le système cherche à assurer que les acquêts d'un conjoint ne se sont pas enrichis au détriment de ses propres, et vice-versa.

L'étape des récompenses est essentielle au partage qui suivra, car c'est par elle que seront déterminées les masses partageables et que sera rétabli l'équilibre qui a pu être brisé²⁷.

Les récompenses sont le résultat d'opérations mathématiques; elles ne sont pas le reflet d'une situation subjective des époux. Elles ne tiennent pas compte de facteurs extérieurs, comme la position financière de chaque conjoint ou l'injustice que pourrait provoquer une application stricte du mécanisme.

En cela le processus diffère radicalement de l'optique adoptée par le législateur ontarien, où le tribunal prend en considération des circonstances ou des données qui n'ont rien de mathématique. Les techniques des récompenses sont d'une application aveugle qui ne distinguent que là où le *Code civil* lui-même le fait.

25. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, n° 170, p. 122.

26. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7.

27. J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit. supra*, note 3, p. 196. Voir aussi Serge BINETTE, « La société d'acquêts de la dissolution de la liquidation du régime », [1974] *C.P. du N.* 7, p. 55.

27. L'étape des récompenses fait partie intégrante du processus global de la liquidation du régime et il n'appartient ni aux conjoints ni au tribunal de décider si oui ou non l'on procédera à ces calculs. Certes, les époux peuvent convenir de ne pas procéder à l'établissement des récompenses. Mais ils procéderont en ce cas à un partage à l'amiable, en dehors du cadre prévu par les articles 507 et suivants *C.c.Q.* Il ne saurait être alors question de la liquidation formaliste de la société d'acquêts. Si par contre les conjoints optent pour cette forme de liquidation, ils ne pourront éviter l'étape des récompenses.

b) Portée du mécanisme

28. L'article 508 *C.c.Q.* limite clairement l'application des opérations de récompenses aux masses acquêts et propres d'un *même conjoint*. Le mécanisme n'a donc pas pour but de corriger une inéquité résultant du fait qu'un conjoint se soit enrichi au détriment de l'autre.

De même, il n'y aurait pas lieu à récompenses entre conjoints lorsqu'ils sont propriétaires indivis des mêmes biens. Si, par exemple, les époux sont copropriétaires d'un immeuble, les articles 483 et suivants *C.c.Q.* pourront jouer, mais seulement à l'intérieur du patrimoine de chacun des époux. Les récompenses seront alors établies, non pas en fonction du bien comme tel, mais en fonction du droit de chacun des conjoints dans l'immeuble.

29. Cependant, il ne faut pas conclure de cette limite importante à la portée du système que la participation d'une masse d'un époux à l'enrichissement d'une masse de son conjoint ne soit jamais compensée. Au contraire, le législateur a expressément prévu cette situation et apporté un correctif; c'est en effet l'article 459 *C.c.Q.* qui prévoit la possibilité pour le tribunal d'accorder une compensation à l'un des conjoints dont l'apport a enrichi le patrimoine de l'autre²⁸.

Quoiqu'il en soit, ce mécanisme de compensation ne doit en aucun cas être assimilé à celui des récompenses dont il n'adopte aucune des règles. Entre autres, alors que l'application des récompenses joue entre acquêts et propres ou propres et acquêts d'un même conjoint, la compensation prévue à l'article 459 *C.c.Q.* ne devrait pouvoir jouer qu'entre acquêts ou propres d'un conjoint et propres de l'autre (celui qui s'est enrichi).

En effet, il semble difficilement acceptable qu'une compensation puisse être accordée à l'un des époux lorsque, par son apport, il a contribué à l'enrichissement des acquêts de son conjoint. Devant une telle

28. Notons que le législateur emploie délibérément le terme « compensation » et non « récompense », puisque l'équilibre qu'on veut rétablir est celui entre les patrimoines des deux conjoints et non entre les diverses masses d'un même conjoint.

situation, le remède approprié est l'acceptation par le conjoint frustré du partage des acquêts du conjoint enrichi (art. 499 *C.c.Q.*); il recouvre ainsi la moitié de l'enrichissement de l'autre. On ne saurait admettre que cet époux puisse réclamer la totalité de l'enrichissement des acquêts de l'autre.

Quant au mode de règlement des récompenses, il diffère aussi substantiellement de celui de la prestation compensatoire. Selon que le solde final est en faveur des acquêts ou des propres, il se fera sous forme de rapport — en moins prenant ou en valeur — ou de prélèvement. Lorsqu'il est question de l'article 459 *C.c.Q.* au contraire, le paiement de la compensation ne constitue pas une incidence de partage résolvable mathématiquement, mais se fait en tout ou en partie sous forme d'attribution de droit de propriété ou d'habitation, selon le cas²⁹.

30. La portée du mécanisme des récompenses est malgré tout vaste, la seule véritable contrainte étant que les règles doivent être appliquées exclusivement à l'intérieur du patrimoine d'un époux à la fois. En outre, sa parfaite réciprocité — le mécanisme s'exerçant tant contre chacune des masses qu'en leur faveur — assure, du moins en théorie, un sort équitable à chacun des époux.

c) Techniques du mécanisme

31. Il s'agit essentiellement de déterminer quand et comment il y a lieu d'appliquer le mécanisme des récompenses. Pour répondre à la première question, il suffit d'établir comme critère la règle suivante : il y a lieu à récompense lorsqu'une masse de biens (propres ou acquêts) s'est enrichie au détriment de l'autre (acquêts ou propres)³⁰.

Une fois ce critère rencontré, d'autres règles viendront régir les techniques du mécanisme. Que l'on pense par exemple au calcul même de la valeur des récompenses, où le critère à utiliser est le suivant

[...] la valeur due par une masse à l'autre (la masse des propres à la masse des acquêts ou la masse des acquêts à la masse des propres à l'intérieur d'un patrimoine) est [...] celle de l'enrichissement dont elle a bénéficié au détriment de l'autre [...] ³¹.

Cette valeur dépend uniquement de l'enrichissement réel, l'appauvrissement de l'autre masse n'étant pas considéré comme facteur pertinent à la fixation de la quotité de la récompense³².

29. Voir art. 533 al. 2 *C.c.Q.*

30. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, n° 172, p. 122; E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 33, p. 82-414; D. GUAY-ARCHAMBAULT, *loc. cit. supra*, note 8, p. 777; Ernest CAPARROS, « La dissolution et la liquidation de la société d'acquêts », (1982) 42 *R. du B.* 691, p. 711 et suiv., n° 35 et suiv.; J. PINEAU et D. BURMAN *op. cit. supra*, note 3, p. 197.

31. J. PINEAU et D. BURMAN, *ibid.*

32. S. BINETTE, *loc. cit. supra*, note 27, p. 56.

32. Toutefois, comme le fait remarquer Ernest Caparros, « enrichissement ne veut pas dire nécessairement plus-value. En effet, il est possible que le bien ait déprécié en valeur et que malgré cela la masse propriétaire du bien bénéficie d'un enrichissement »³³. En outre, ce concept de l'enrichissement sans plus-value doit être complété par la règle de la proportionnalité, instaurée par le législateur par le nouvel article 508 *C.c.Q.* pour contrer les effets désastreux de l'ancien principe de l'imposition d'un plafonnement à l'enrichissement³⁴. En effet, on expliquait l'instauration d'une base et d'un plafonnement des récompenses par le fait que :

[le] législateur n'admet [...] pas que l'appauvrissement d'une masse, dans le cas où un bien ainsi acquis a totalement déperlé avant la dissolution de la société, soit supporté proportionnellement par les deux patrimoines³⁵.

Le rejet par législateur de ce principe a donc été interprété comme introduisant la règle de la proportionnalité, qui fait en sorte que :

si le bien acquiert une plus-value chaque masse recevra la part du bien correspondant à la proportion dans laquelle elle est intervenue lors de l'acquisition. La même règle s'applique lors de la dépréciation du bien³⁶.

Il faut tout de même souligner que le concept de l'enrichissement non fondé exclusivement sur la plus-value et la règle de la proportionnalité ne font pas l'unanimité chez la doctrine. Jean Pineau pour sa part continue à associer enrichissement à plus-value, car, explique-t-il, c'est là la base du concept d'enrichissement sans cause :

pour qu'il y ait remboursement d'une valeur à la masse créancière, il faut qu'il y ait eu enrichissement de la masse débitrice, résultant de l'appauvrissement de la masse créancière. [...] la masse débitrice n'aura rien à rembourser si, lors de la dissolution, on constate qu'elle ne s'est pas enrichie, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune plus-value; c'est pourquoi également cette masse débitrice devra rembourser la valeur de son enrichissement c'est-à-dire la plus-value³⁷.

En outre, l'auteur émet certaines réserves sur la « règle » de la proportionnalité qui, affirme-t-il, « reflète parfaitement le concept d'enrichissement sans cause, lorsqu'on l'applique à certaines hypothèses »³⁸, dont les articles 483 et 484 *C.c.Q.*, mais conduit par ailleurs à des injustices dans d'autres hypothèses, tel le cas de l'article 487 *C.c.Q.*³⁹.

33. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 34, p. 82-415.

34. Sur les méfaits de l'ancien article 1267 *C.c.B.-C.*, voir E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, n° 172-173, pp. 122 et suiv. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 35, p. 82-415. Voir aussi S. BINETTE, *loc. cit. supra*, note 27, p. 56; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit. supra*, note 3, p. 197.

35. S. BINETTE, *ibid.*

36. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 35, p. 82-415.

37. J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit. supra*, note 3, p. 214.

38. *Ibid.*

39. *Id.*, pp. 214-215, et particulièrement l'illustration d'une injustice causée par la règle de la proportionnalité, à la note 66.

33. Quoiqu'il en soit, il reste que le mécanisme des récompenses implique une rétrospective de chacun des biens des époux⁴⁰. C'est au moyen de cette comptabilisation rétroactive des biens que l'on établira donc la quotité précise de la récompense due pour chaque bien.

Il n'est pas question, dans le cadre de la présente étude, de revoir toutes les situations où entrent en jeu le mécanisme des récompenses⁴¹. Ce qu'il convient toutefois de se rappeler, c'est l'importance du processus, et le moment précis où il s'exerce, car la technique utilisée par le législateur ontarien est, nous le verrons, fondée sur une toute autre démarche intellectuelle et juridique.

2) Les opérations de partage

34. Le procédé des récompenses, une fois complété, aboutit à la composition finale des masses respectives, acquêts et propres de chacun des époux. Ce n'est qu'une fois les comptes des récompenses terminés que les conjoints connaîtront la consistance exacte des diverses masses. L'article 507 *C.c.Q.* est en ce sens en partie inexact, car l'option des époux ne devrait pas survenir avant que les lots ne soient connus avec précision; ce n'est que lorsque les récompenses auront été calculées que les conjoints pourront opter d'une façon éclairée. En somme, le processus de la liquidation se dessine comme suit : d'abord, on procède à la qualification des biens composant les différentes masses des époux; une fois chacun des biens qualifié, on procède au calcul des récompenses, ce qui conduit à la composition finale des masses concernées. Enfin, ce sont sur les masses acquêts ainsi déterminées que chacun des époux exerce son option, et leur partage, s'il est demandé, s'opère conformément à l'article 514 *C.c.Q.*

35. Les règles propres au partage n'interviennent que lorsque toutes les étapes préliminaires de qualification des biens et d'établissement des récompenses ont été complétées. Dès lors, il est possible d'affirmer que les étapes les plus complexes⁴² sont choses du passé et que les opérations de partage comme telles sont un jeu d'enfant. Elles sont fondées sur

40. Ernest CAPARROS, « La dissolution et la liquidation de la société d'acquêts », (1982) 42 *R. du B.* 691, p. 713.

41. Pour une étude des situations donnant lieu aux récompenses, voir E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, pp. 82-412 et suiv., n° 28 et suiv., E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 40, pp. 707 et suiv., n° 27 et suiv., J. PINEAU, *op. cit. supra*, note 3, pp. 197 et suiv. Pour une étude des récompenses selon les anciens articles du *C.c.B.-C.*, voir E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, pp. 122 et suiv., n° 172 et suiv.; S. BINETTE, *loc. cit. supra*, note 7, pp. 59 et suiv.; Roger COMTOIS, « La liquidation et le partage de la société d'acquêts », (1980-81) 83 *R. du N.* 579, pp. 594 et suiv.

42. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 40, n° 26, p. 707.

l'application stricte des principes-directeurs vus précédemment, ce qui ne pose guère de difficulté, puisque les problèmes inhérents au partage ont fort probablement déjà été réglés lors des étapes antérieures. En somme, ces dernières ont, sinon comme but, du moins comme conséquence, de régler beaucoup de questions, et de préparer le terrain pour l'étape finale du partage⁴³.

En outre, et bien que la remarque semble banale pour tout civiliste, les opérations de récompenses, une fois effectuées, sont définitives, en ce sens qu'il n'est plus possible, lors du partage, de revenir sur celles-ci pour les modifier. Le processus de liquidation au Québec est formé de la jonction de procédures distinctes et indépendantes l'une de l'autre. Il n'est donc pas question de procéder à la conclusion simultanée des techniques de récompenses et des opérations de partage. Il faut d'abord régler le sort des récompenses, abstraction faite des conséquences potentielles sur le partage; ensuite, on applique les principes du partage en respectant bien sûr les résultats de l'étape précédente, mais sans toutefois pouvoir s'en écarter. Il est impossible, par le biais du partage, de falsifier, de modifier ou de minimiser les effets des récompenses. On verra que le législateur ontarien a, quant à lui, adopté un cheminement radicalement différent.

36. Étape ultime de la liquidation, le partage est réglementé très sommairement au Québec aux articles 499 et 514 *C.c.Q.* Il est vrai néanmoins que ces dispositions ne font qu'énoncer deux règles : un des principes-directeurs du partage et le mode de partage. C'est ailleurs qu'on trouve les autres principes de même que les caractéristiques du partage.

Contrairement à la phase des récompenses qui se révèle parfois sinon fort compliquée, du moins un peu complexe⁴⁴, l'étape du partage est relativement simple. La grande majorité des problèmes ayant été soulevés et solutionnés au cours des phases précédentes, il ne reste plus aux époux qu'à partager entre eux ce qui est partageable. Le processus final continue par ailleurs à employer des techniques purement comptables, où par conséquent les mesures d'équité n'ont pas leur place.

L'étape du partage se résume en fait à demander à chacun des époux : « Demandez-vous le partage des acquêts de votre conjoint? ». Si la réponse est négative pour les deux époux, il n'y aura aucun partage et les étapes de qualification des biens et des récompenses n'auront servi à rien, chacun conservant ses biens, qu'ils fussent propres ou acquêts⁴⁵. En

43. D. GUAY-ARCHAMBAULT, *loc. cit. supra*, note 8, p. 777; S. BINETTE, *loc. cit. supra*, note 27, p. 60.

44. E. CAPARROS, *loc. cit. supra*, note 7, n° 26, p. 82-411.

45. Une fois que les époux ont renoncé au partage des acquêts de l'autre, la distinction entre acquêts et propres de chacun demeure purement académique, puisqu'aucun des biens ne sera partagé, sous réserve cependant du recours de l'article 502, al. 2 *C.c.Q.*, pour les créanciers. Que les biens fussent propres ou acquêts, chaque époux conservera

cas de réponse affirmative de l'un ou des deux, il faudra appliquer les principes-directeurs en conséquence. Et en ce cas, il y a ni doute, ni exceptions quant aux règles à appliquer. Toutefois, avant d'opter, les époux sont en droit d'exiger de connaître toutes les implications résultant de leur choix éventuel; la loi québécoise, contrairement à celle de l'Ontario, permet une telle exploration, car le partage reflète encore une fois la perspective comptable de la liquidation.

B. LE PARTAGE EN TROIS ÉTAPES DE L'ONTARIO

37. Les principes-directeurs que nous avons distingués, pourtant si simples et si clairs en apparence, sont malheureusement fortement mis à l'écart par des atténuations dont l'importance et la complexité ont tôt fait de remettre en cause l'existence même de soit-disant principes-directeurs.

Cette situation, inconnue dans la société d'acquêts du Québec, est en partie attribuable aux méthodes de qualification des biens dans le système ontarien. En effet, la facilité avec laquelle un des époux peut réaliser l'osmose de certains biens — les transformant de *family assets* en *non family assets* —, oblige un ajustement substantiel de l'équilibre qui a pu être ainsi rompu. Ainsi, l'époux ontarien peut aisément, au moyen de son salaire, acquérir des biens qui ne répondent pas aux critères des *family assets*⁴⁶, et faire augmenter en conséquence ses *non-family assets* au détriment de son conjoint qui ne peut en principe prétendre à une part dans ces biens. Par ses gestes, un des conjoints peut donc modifier la qualification des biens en cours de régime, mettant ainsi gravement en péril l'efficacité des principes-directeurs du partage.

38. Pour cette raison, le législateur ontarien a imaginé tout un régime de règles dont l'objectif ultime est de rétablir cet équilibre entre les époux. Ce sont principalement des mesures d'équité, quoique certaines décisions des tribunaux nous fassent sérieusement méditer sur ce qu'est exactement « l'équité ».

Ces règles accessoires viennent compléter les deux principes-directeurs qui gouvernent le partage, à savoir que seuls les *family assets* sont partageables et que le partage, lorsqu'il a lieu, s'effectue pour moitié entre les époux.

ceux dont il est propriétaire; si un bien est détenu en indivision, il sera partagé en parts égales. Mais le partage se fera alors en vertu des règles générales de l'indivision, et non des règles de dissolution du régime. La seule notion qui conserve toute son importance demeure celle de la propriété.

46. Voir al. 3b) *F.L.R.A.*; J. BEAULNE, *loc. cit. supra*, note 1, n° 21 et suiv., p. 547 et suiv.

39. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, ces règles auront souvent comme effet d'atténuer la portée des principes-directeurs qu'ils sont pourtant censées compléter. En outre, l'ajout de ces nouveaux principes, parfois subtils et nuancés rendra assez difficile la compréhension complète des opérations de partage.

Il est certain que dans un sens la procédure ressemble un peu à celle utilisée au Québec, car des ajustements doivent être faits pour rétablir l'équilibre qui a pu être rompu pendant la durée du régime. Là cependant s'arrêtent toutes tentatives de rapprochement entre les deux processus de partage, les techniques utilisées en Ontario n'ayant aucun équivalent au Québec. Entre autres, il faut distinguer entre le partage provisoire et le partage final, le second étant largement tributaire des résultats obtenus lors d'une étape intermédiaire d'équité. De plus, le partage en Ontario est loin d'être un simple résultat d'opérations mathématiques comme il l'est au Québec; il dépend d'autres facteurs qui n'ont rien de facteurs indiscutables.

40. Le processus du partage se résume à l'application pratique du concept du partage, c'est-à-dire des principes-directeurs et de ses atténuations. La difficulté provient surtout du fait qu'il faut procéder en trois étapes : on applique d'abord les principes-directeurs (partage provisoire); puis on recherche si des cas d'atténuations ne seraient pas présents, en examinant les effets potentiels (les correctifs au partage provisoire); enfin, on établit un partage définitif, compte tenu des modifications rendues nécessaires à la seconde étape. Ce partage définitif pourra être soit identique au partage provisoire, soit différent.

1) Le partage provisoire

41. Étape préliminaire à tout partage définitif, le partage provisoire n'exige que l'application du paragraphe 4(1) *F.L.R.A.*, qui correspond à un des principes-directeurs : chacun des conjoints a droit à la moitié des *family assets*.

Il n'y a donc ici aucune difficulté : la qualification des biens ayant été préalablement faite conformément à l'alinéa 3b) *F.L.R.A.* ou prévue par les époux eux-mêmes dans un *domestic contract*⁴⁷. Le tribunal ordonnera le partage égal des *family assets*; quant aux *non-family assets*,

47. Les conjoints peuvent en effet prévoir quels biens seront *family assets* et quels biens seront *non-family assets*. La loi leur accorde ce droit tant avant que pendant leur vie commune, par voie de *marriage contract* ou même lors de sa cessation, au moyen d'un *separation agreement*. Voir les dispositions 2(9), 3b) *in fine*, 51 et 53 *F.L.R.A.* Voir aussi *Sinnott c. Sinnott*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Court) et *Boucher-MacKay c. Mackay*, (1983) 34 R.F.L. (2d) 366.

ils ne sont pas touchés. Exceptionnellement, il décidera différemment, si les conjoints ont, par *domestic contract*, prévu un partage autre.

42. Ce qu'il y a de remarquable à cette étape, c'est que le partage ainsi proposé est théorique; c'est, en d'autres termes, un partage statutaire. Cette proposition de partage est la représentation concrète de cette question que se pose le juge, à savoir : « Si on appliquait les seuls principes-directeurs du partage, comment se ferait la répartition des biens? ».

2) Les correctifs au partage provisoire

43. C'est à cette seconde étape du partage que sont introduites des mesures pour rétablir l'équilibre financier des conjoints. On serait tenté à première vue d'assimiler celles-ci au mécanisme des récompenses de la société d'acquêts. Une analyse plus approfondie nous convainc rapidement du contraire. À la différence du système des récompenses, où l'ensemble des opérations est basé sur des considérations purement mathématiques, les correctifs de la loi ontarienne ont généralement, sinon exclusivement, comme critère un élément souvent impondérable : l'inéquité. Au Québec, les récompenses ont comme but le rétablissement de l'équilibre statique⁴⁸ du patrimoine de chaque conjoint; il s'agit de correctifs entre deux masses de biens appartenant au même époux. En Ontario, les correctifs pourraient être envisagés comme rétablissant l'équilibre dynamique entre les époux : ils agissent en effet sur les proportions du partage à intervenir entre les époux. Enfin, les correctifs ontariens proposent des techniques de réalisation qui rappellent étrangement certains critères de qualification de biens utilisés en société d'acquêts : les questions de date d'acquisition du bien (al. 4(4)d) *F.L.R.A.*) et de mode d'acquisition du bien (al. 4(4)e) *F.L.R.A.*) ne sont pas sans rappeler les alinéas 482 1° et 482 2° *C.c.Q.* Or, au Québec ces règles servent à qualifier les biens et non à établir leur partage comme c'est le cas en Ontario⁴⁹.

Les correctifs aux principes-directeurs sont énoncés aux paragraphes (4) et (6) de l'article 4 *F.L.R.A.* Le premier fait échec au principe selon lequel les *family assets* sont partagés également, le second à celui voulant que seuls les *family assets* sont partageables.

44. En outre, le paragraphe 4(5) *F.L.R.A.* est sans doute la pierre angulaire de toute la question des règles d'atténuation des principes-directeurs. S'il est vrai que les paragraphes (4) et (6) de cet article contiennent les critères spécifiques applicables à chacun des cas d'atténuation, ils ne veulent pratiquement rien dire sans le paragraphe (5).

Ce paragraphe se lit comme suit :

48. E. CAPARROS, *op. cit. supra*, note 2, pp. 122 et suiv., n° 171 et suiv.

49. J. BEAULNE, *loc. cit. supra*, note 1, pp. 545 et suiv.

(5) The purpose of this section is to recognize that child care, household management and financial provision are the joint responsibilities of the spouses and that inherent in the marital relationship there is joint contribution, whether financial or otherwise, by the spouses to the assumption of these responsibilities, entitling each spouse to an equal division of the family assets, subject to the equitable considerations set out in subsections (4) and (6).

(5) Le présent article vise à donner effet au caractère commun des charges familiales relatives aux enfants, à la gestion du foyer, à la contribution aux revenus et de la responsabilité, implicite au mariage, de pourvoir à ces charges. Cette communauté du passif fonde le partage en parts égales de l'actif, sous réserve des considérations énoncées aux paragraphes (4) et (6).

Le rôle de ce paragraphe est de situer le cadre dans lequel les critères et les règles des paragraphes (4) et (6) doivent être compris. En d'autres termes, le paragraphe (5) décrit la perspective dont doivent tenir compte les paragraphes (4) et (6). On a déjà dit que le paragraphe (5) constituait la philosophie même de l'ensemble de l'article 4.

Il a comme effet de reconnaître :

that child care and household management and financial provision are in fact joint responsibilities [. . .] of the husband and wife⁵⁰.

C'est donc en prenant en considération cette importante présomption que doivent être pesées les règles des paragraphes (4) et (6).

45. La règle du paragraphe (5) en est essentiellement une d'équité codifiée, puisqu'elle indique au tribunal que les critères des paragraphes (4) et (6) sont fondés sur cette présomption. La participation des conjoints à leur *partnership* est essentielle, et toute sur-participation ou sous-participation pourra avoir un impact sur le partage des biens, qu'ils fussent des *family assets* ou des *non-family assets*.

On a ainsi jugé inéquitable d'accorder la moitié des *family assets* à une épouse qui n'avait pas suffisamment contribué à l'acquisition d'une ferme⁵¹. À l'inverse, une participation accrue permet parfois d'obtenir plus que la simple moitié des biens partageables, ainsi qu'il a été décidé dans un jugement de 1983⁵². C'est pourquoi les tribunaux, sans citer explicitement le paragraphe 4(5) *F.L.R.A.* dans leurs décisions, en tiennent néanmoins compte. Il faut en effet se rappeler que le seul but de celui-ci est d'indiquer une perspective du mariage; ce sont les paragraphes (4) et (6)

50. *O'Reilly c. O'Reilly*, 1 F.L.R.A.C. 358 (Ont. H.C.), 22 février 1979, p. 361.

51. *Ling c. Ling*, 1 F.L.R.A.C. 439 (Ont. H.C.) 18 avril 1979.

52. *Haines c. Haines*, Ont. S.C., 25 novembre 1983, non publiée, mais citée dans Berend Hovius, "Matrimonial Property Rights in the Province of Ontario: The Interpretation and Application of Part I of the Family Law Reform Act in Light of Recent Appellate Decisions", dans *Payne's Digest on Divorce in Canada*, Don Mills, Richard De Boo, 1983, p. 83-677.

qui contiennent les critères concrets permettant d'écarter les principes-directeurs du partage.

a) Atténuations du principe-directeur selon lequel les family assets sont partagés également entre les conjoints : le paragraphe 4(4) F.L.R.A.

46. Le paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* permet aux tribunaux de partager les *family assets* dans des proportions autre que moitié-moitié. En effet, cette disposition introduit dans les procédures de partage une notion d'inéquité, laissée à l'appréciation des tribunaux qui prendront en considération les divers critères énumérés à ce paragraphe.

Il accorde aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un partage autre qu'égal des *family assets* lorsqu'un partage égal, s'il était réalisé, produirait une inéquité. Le juge doit examiner d'abord le partage provisoire qu'il s'était proposé de faire, et se demander si un tel partage est inéquitable, compte tenu des critères énoncés au paragraphe 4(4) *F.L.R.A.*, qui se lit comme suit :

(4) The court may make a division of family assets resulting in shares that are not equal where the court is of the opinion that a division of the family assets in equal shares would be inequitable, having regard to,

(a) any agreement other than a domestic contract;

(b) the duration of the period of cohabitation under the marriage;

(c) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;

(d) the date when the property was acquired;

(e) the extent to which property was acquired by one spouse by inheritance or by gift; or

(f) any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property rendering it inequitable for the division of family assets to be in equal shares.

(4) La cour peut prononcer un partage en parts inégales si elle est d'avis que le partage en parts égales serait inéquitable compte tenu des facteurs suivants :

a) les accords autres qu'un contrat familial;

b) la durée de la cohabitation en mariage;

c) la durée de la séparation de corps;

d) la date d'acquisition des biens;

e) le droit dans un bien acquis par l'un des conjoints par succession ou par donation entre vifs;

f) toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la disposition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'usage d'un bien qui rendrait inéquitable le partage en parts égales.

47. Il n'est donc pas certain que les *family assets* seront toujours partagés en parts égales entre les conjoints, car de nombreux facteurs pourront inciter les tribunaux à déroger à ce principe-directeur. La question que se pose le tribunal se résume à celle-ci : si le partage était fait moitié-moitié, y aurait-il inéquité, compte tenu des critères du paragraphe 4(4)?

Si le tribunal répond par l'affirmative, il ordonnera un partage inégal des *family assets*, de façon à corriger l'inéquité.

Cette première règle constitue une atténuation très importante du principe-directeur qui veut que le partage des *family assets* se fasse par moitié entre les époux.

48. Bien qu'*a priori* ce principe ne soit qu'une atténuation d'une règle plus générale — et donc en principe une exception —, la tendance qu'ont manifesté les conjoints en voie de séparation, de divorce ou de nullité de mariage à recourir presque systématiquement au paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* a fait prendre à la règle une ampleur qui surclasse parfois le principe-directeur. Il y aurait même danger que le paragraphe 4(1) *F.L.R.A.* ne devienne un privilège, et que les conjoints doivent prouver leur droit à la moitié des *family assets*.

49. Le recours au paragraphe 4(4) semble tellement facile que l'on serait tenté de le considérer comme automatique. C'est pourquoi les tribunaux ont dû eux-mêmes fixer les conditions d'exercice régissant ce recours, de façon à éviter justement que le paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* ne soit soulevé systématiquement. Le juge Galligan, dans l'affaire *Silverstein c. Silverstein*⁵³ a ainsi exposé la règle :

The rule of law now is that there is equal sharing of family assets. It is my opinion that the Court should be loath to depart from that basic rule, and it should exercise its power to depart from that rule only in clear cases where inequity would result, having regard to one or more of the statutory criteria set out in 4(4) (a) to (f).

Cette règle de conduite a été, semble-t-il, largement suivie dans les causes subséquentes⁵⁴. Elle est d'ailleurs fort précieuse pour les tribunaux, car ils ont ainsi en mains un critère d'intervention plus concret; autrement, la grande discrétion que leur accorde le paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* risquerait d'engendrer l'imbroglio le plus complet. Le principe de la disposition étant que le tribunal peut ordonner un partage, ce dernier jouit donc d'une grande latitude. Les mots du juge Galligan ne font que rétablir les principes tels qu'ils sont et rappeler aux tribunaux que la règle est d'abord et avant tout celle du paragraphe 4(1) *F.L.R.A.*, c'est-à-dire le partage égal des *family assets*, et que le pouvoir discrétionnaire de la cour ne doit s'exercer que lorsque les circonstances énumérées au paragraphe 4(4) le justifient vraiment.

53. [1978] 1 R.F.L. (2d) 239, p. 256.

54. J.P. De WRIGHT, *Division of Matrimonial Assets in Ontario*, Aurora, Canada Law Book Ltd, 1982, pp. 184 et suiv. B. HOVIUS, *loc. cit. supra*, note 52, p. 83-404; *Peterson c. Peterson*, (1981) 20 R.F.L. (2d) 1, p. 5; *Whaley c. Whaley*, (1982) 127 D.L.R. (3d) 63, p. 69; *Fahrer c. Fahrer*, cause non publiée de la Ontario District Court, en date du 2 mars 1982, mais citée dans B. HOVIUS, *loc. cit. supra*, note 52, p. 83-661; *Bodnar c. Bodnar*, 1 F.L.R.A.C. 276 (Ont. Co. Ct.), 5 janvier 1979; *O'Reilly c. O'Reilly*, 1 F.L.R.A.C. 358 (Ont. H. Ct.), 22 février 1979.

50. En outre, la cour a aussi eu l'avantage de rappeler aux époux qu'il ne suffit pas de soulever le paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* Encore faut-il être en mesure de prouver qu'un partage égal des *family assets* serait inéquitable compte tenu des critères en cause. Dans une affaire où l'épouse réclamait le partage inégal d'un chalet qu'elle avait acquis avant son mariage sur l'argent provenant de la succession de son premier mari, la cour a noté avec justesse "The onus of establishing that an equal division was inequitable was on the party seeking the unequal division"⁵⁵. Le juge donna raison à l'épouse, estimant qu'elle avait prouvé ses prétentions et lui accorda la totalité du chalet, qui était pourtant un *family asset*.

Les atténuations de ce principe-directeur se divisent en trois catégories ou critères distincts : d'abord celui fondé sur la convention des époux, en second lieu le critère de la propriété et de l'usage des biens, et enfin la notion de temps.

— Le critère de l'alinéa 4(4)a) *F.L.R.A.* : la convention des époux

51. Le principe du partage égal des *family assets* peut tout d'abord être écarté si une inéquité pouvait résulter de l'application d'une convention signée par les parties. Si les conjoints ont prévu, par convention, de partager en parts égales les *family assets*, et que telle convention cause une inéquité à l'un d'eux, le tribunal pourra l'écarter et ordonner un partage inégal des *family assets*⁵⁶.

Si la convention revêt la forme d'un *domestic contract*, le juge devra cependant s'y soumettre, tel contrat ayant, sauf exceptions, préséance⁵⁷.

Il est toutefois essentiel que cette volonté des conjoints se manifeste dans les formes prévues par la loi, c'est-à-dire dans un *marriage contract* ou dans un *separation agreement*. Sans vouloir entrer dans l'étude de ces deux actes, nous croyons néanmoins utile d'en mentionner les caractéristiques les plus importantes.

52. Étant tous deux des *domestic contracts*, aux termes de la partie IV de la *F.L.R.A.* (art. 50 et suiv.), chacun possède néanmoins des qualités propres. Ainsi, le *marriage contract* est un moyen efficace pour les conjoints de prévoir une division des biens autre que celle prévue dans la loi. Le contrat, qui peut être conclu avant ou pendant le mariage⁵⁸,

55. *McLellan c. McLellan*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 323 (Ont. H.C.), p. 333.

56. *Studnicka c. Studnicka*, (1984) 36 R.F.L. (2d) 299; *Wiebe c. Wiebe*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 286; *Kozel c. Kozel*, (1981) 21 R.F.L. (2d) 65.

57. Voir par. 2(9) *F.L.R.A.*; *Richie c. Richie*, (1981) 19 R.F.L. (2d) 199, où l'action en partage des *family assets* a été rejetée, les conjoints ayant signé un *separation agreement*.

58. Par. 51(2) *F.L.R.A.*

peut prévoir des dispositions concernant la propriété des biens et leur division; aussi les conjoints peuvent-ils s'entendre sur le fait que le partage des *family assets* sera dans une proportion autre que moitié-moitié ou même que des *non-family assets* seront partagés⁵⁹. Les seules restrictions, de portée limitée, concernent le *matrimonial home*, où toute stipulation limitant les droits d'un époux dans celui-ci serait nulle⁶⁰.

Quant au *separation agreement*, il est accessible non seulement aux conjoints mariés, mais aussi aux conjoints de fait qui vivent maintenant séparés. Le contrat peut avoir les mêmes objectifs et les mêmes effets que le *marriage contract*, d'autant plus qu'il ne connaît pas la réserve à l'endroit du *matrimonial home*⁶¹.

53. Le paragraphe 2(9) *F.L.R.A.* concrétise la suprématie des *domestic contracts* sur les dispositions de la loi. En conséquence, la présence d'une telle manifestation de la volonté des parties peut écarter les principes-directeurs du partage.

Notons en dernier lieu qu'un contrat de mariage valablement passé au Québec serait vraisemblablement reconnu et sanctionnable en Ontario, à condition évidemment qu'il ne contrevienne pas aux règles des articles 51 et suivants *F.L.R.A.* C'est pourquoi on a jugé nul le contrat de mariage signé valablement au Québec, mais qui traitait des droits de possession et de propriété des époux et qui limitait le droit des conjoints dans la résidence familiale⁶². À l'inverse, les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard ont déjà reconnu, du moins en partie, la validité de certaines dispositions d'un contrat de mariage provenant du Québec ayant trait à la division des biens⁶³. Vu la similitude des textes de cette province avec ceux de l'Ontario, il est permis de croire que la solution serait identique dans cette dernière.

— Le critère des alinéas (4)(4)b), c) et d) *F.L.R.A.* :
l'élément temporel

54. Ce facteur rappelle les techniques que le droit du Québec utilise pour qualifier les biens. En Ontario par contre, le facteur temps est strictement envisagé dans la perspective du partage. Trois critères tempo-

59. Cela créerait donc une atténuation au principe-directeur voulant que seuls les *family assets* soient partageables.

60. Voir le par. 51(2) *F.L.R.A.*, qui renvoie aux articles 38 et suiv. Cependant, cette restriction à l'égard du *matrimonial home* ne signifie pas que les conjoints ne peuvent convenir d'avance de la division de celui-ci; les art. 39 et suiv., et particulièrement l'art. 40, concernent les droits de possession du *matrimonial home*.

61. Art. 53 *F.L.R.A.*

62. *Sinnett c. Sinnett*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 115 (Ont. Co. Court). Il fut décidé que le mari pouvait, nonobstant le contrat de mariage, requérir un partage des biens conformément à la *F.L.R.A.*

63. *Boucher-MacKay c. Mackay*, (1983) 34 R.F.L. (2d) 366.

rels distincts sont d'ailleurs utilisés pour évaluer la présence ou non d'une inéquité : la durée de cohabitation des conjoints, la durée de non-cohabitation des conjoints et enfin le moment de l'acquisition du bien. Toutes ces circonstances ont en effet une grande influence sur le sort du bien : aussi pourrait-on considérer comme inéquitable le fait de partager en parts égales un bien que l'épouse avait déjà au moment du mariage, compte tenu du fait que les conjoints se sont séparés peu de temps après leur union.

C'est ce qui s'est présenté dans une affaire⁶⁴ où l'épouse avait fourni la quasi totalité des fonds pour acquérir des biens, payer des dettes, etc. En d'autres termes, c'est l'épouse qui payait pour tout. Aussi le juge a-t-il pris en considération que le mariage avait duré à peine 19 mois, pour attribuer à l'épouse 65 % des *family assets*⁶⁵.

55. Il se peut en outre que bien que le mariage ait été d'une certaine durée, la cohabitation comme telle ait été courte. Ainsi, même si un mariage a duré plus de six ans, le fait qu'il ait été entrecoupé de plusieurs périodes de séparation amène l'application de l'alinéa (4)(4)b) *F.L.R.A.* Cette situation, doublée de la preuve que l'épouse avait acquis le *matrimonial home* avant son mariage et qu'elle avait acquitté la plupart des versements hypothécaires, lui a permis de conserver la totalité de celui-ci⁶⁶.

Ce critère est cependant rarement utilisé seul; le tribunal s'en sert en réalité à titre accessoire à un autre, tel celui de l'alinéa 4(4)f) *F.L.R.A.* Nous avons cependant relevé une affaire où le juge l'a employé à titre principal. Il s'agissait d'un mariage qui n'avait duré que 4 mois, et où la femme n'avait aucunement participé à l'achat des biens; elle venait en effet à peine d'arriver au Canada. Le juge décida quand même de lui attribuer 5 % des *family assets*, précisant que "Although the marriage was of short duration, the applicant [l'épouse] came to Canada with a hope of a new life as the respondent's wife [...]"⁶⁷. On constate que le juge a utilisé le critère de la durée du mariage, non pas pour diminuer la part de l'épouse dans les *family assets*, mais pour justifier celle-ci. La décision

64. *Palumbo c. Palumbo*, (1983) 30 R.F.L. (2d) 273.

65. Un autre motif, soit celui des larges contributions financières de l'épouse, a aussi été retenu par le juge. En outre, celui-ci a ordonné le partage des *non-family assets* du mari qui avait utilisé 12 000 \$ de son épouse pour acquitter une dette personnelle.

66. *Tsanos c. Tsanos*, (1980) 15 R.F.L. (2d) 368. Le mari n'a eu droit qu'à une somme forfaitaire (*lump sum*) de 3 500 \$ sur le *matrimonial home*. Voir aussi *McDowell c. McDowell*, (1983) 32 R.F.L. (2d) 26; *Woodbyrne c. Woodbyrne*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 180, où le juge a tenu compte de la durée du mariage, de la présence de plusieurs séparations survenues en cours de l'union, d'une longue séparation (5 ans), de la date (1974) et du mode d'acquisition (argent du mari) de la propriété en cause. Le partage fut de 75-25 en faveur du mari.

67. *Devic c. Devic*, (1980) 13 R.F.L. (2d) 243, p. 244.

a d'ailleurs été critiquée par la doctrine⁶⁸, celle-ci estimant que la philosophie de la loi est de reconnaître l'égalité des deux conjoints dans le mariage, ainsi que leurs contributions respectives. Or, dans cette cause, la femme n'a pu contribuer à l'union, la durée du mariage ayant été trop courte. Le jugement laisse croire que le seul fait du mariage donne aux conjoints un droit automatique dans tous les *family assets*, ce qui est en partie faux.

— Le critère des alinéas 4(4)e) et f) *F.L.R.A.* :
la propriété et l'usage des biens

56. Ce critère est plus difficile à cerner. Il comprend premièrement l'analyse du mode d'acquisition d'un bien : un des *family assets* a-t-il été acquis par donation faite à l'un des époux? Et si oui, est-il inéquitable qu'un tel bien soit partagé en parts égales? Si le juge répond affirmativement à la première question et négativement à la seconde, il pourrait décider d'ordonner un partage inégal de *ce bien*.

En outre, le tribunal prend en considération "any other circumstance relating to the acquisition, disposition, preservation, maintenance, improvement or use of property" (al. 4(4)f) *F.L.R.A.*), toujours dans la perspective d'une inéquité potentielle.

57. Le critère regroupe donc, en général, tout élément ou événement se rapportant aux biens des conjoints. En outre, l'application des alinéas e) et f) n'est pas restreinte aux seuls *family assets*; il peut donc aussi s'agir de *non-family assets* de l'un des conjoints.

En effet, les situations où est soulevé l'alinéa 4(4)e) *F.L.R.A.* mettent parfois en cause un bien qui originellement était un *non-family asset*, mais qui s'est subséquemment qualifié, aux termes de l'article 3 *F.L.R.A.* comme *family asset*. Par le truchement du critère de l'origine du bien, les tribunaux réussiront donc à éviter le partage égal de certains *family assets*. C'est notamment le cas d'une décision de 1983, où le juge a évoqué le fait que la ferme, objet du litige, avait été acquise par donation par la femme avant le mariage, ne pouvait être attribuée, même en partie, au mari, et ce nonobstant sa qualité de *family asset*⁶⁹. Évidemment, d'autres motifs sont venus appuyer la décision : entre autres, le juge a tenu compte des grands efforts déployés par l'épouse pour conserver la ferme, alors que son mari l'avait quittée.

58. La même justification se retrouve dans une cause où le tribunal décida de n'allouer que 25 % de la ferme à l'épouse. Le juge s'exprimait ainsi :

68. James G. McLEOD, « Annotations », (1980) 13 R.F.L. (2d) 244.

69. Rasmussen c. Rasmussen, (1983) 35 R.F.L. (2d) 397.

I have taken into consideration the fact that the total farm property and home were inherited completely by the respondent [le mari] before the applicant came to live with him⁷⁰.

59. L'acquisition d'un bien par voie d'héritage ou de donation se révèle généralement un moyen efficace de contrer le principe à l'effet que les *family assets* sont partagés également⁷¹. Il faut cependant que la donation en question provienne d'une personne autre que le conjoint⁷².

b) Atténuations du principe-directeur selon lequel seuls les family assets sont partagés : le paragraphe 4(6) F.L.R.A.

60. Le paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* s'analyse dans une double perspective : d'abord celle de l'inéquité, mais aussi celle de l'appauvrissement indu. Il indique :

(6) The court shall make a division of any property that is not a family asset where,

(a) a spouse has unreasonably impoverished the family assets; or

(b) the result of a division of the family assets would be inequitable in all the circumstances, having regard to,

i) the considerations set out in clauses (4)(a) to (f), and

ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in subsection (5) on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not a family asset.

(6) La cour partage un bien autre que familial pour l'un des motifs suivants :

a) l'épuisement anormal des biens familiaux par l'un des conjoints;

b) le résultat du partage des seuls biens familiaux serait inéquitable, compte tenu :

i) des facteurs énoncés aux alinéas (4)a) à f),

ii) du fait que l'un des conjoints, en prenant sur lui une partie des responsabilités énoncées au paragraphe (5), a permis à l'autre de se livrer à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial.

Il permet en effet, voire même oblige⁷³ le tribunal à procéder au partage des *non-family assets* en certaines circonstances. Nous évitons par ailleurs volontairement l'étude approfondie de cet article, dont certains

70. *Dixon c. Dixon*, (1983) 30 R.F.L. (2d) 32, p. 37.

71. *Gilbert c. Gilbert*, 1 F.L.R.A.C. 553 (Ont. Co. Court), 22 juin 1979; *Dittmer c. Dittmer*, 1 F.L.R.A.C. 252 (Ont. Co. Court), 13 décembre 1978.

72. *Silverstein c. Silverstein*, (1978) 87 D.L.R. (3d) 116, p. 133.

73. C'est ce qui résulte de la rédaction de l'article. À noter en effet que le texte dit « Le tribunal doit procéder à la répartition », ce qui laisse croire que lorsque les conditions d'application sont remplies, le tribunal n'a aucune discrétion et doit ordonner le partage des *non-family assets*. Le par. 4(4) *F.L.R.A.* stipule au contraire que « Le tribunal peut procéder à une répartition inégale [...] », ce qui implique que la cour jouit d'une certaine discrétion dans sa décision d'ordonner un tel partage.

auteurs ont déjà traité longuement, sans parler de la jurisprudence plus qu'abondante sur la question⁷⁴. Qu'il nous suffise de mentionner que le tribunal doit examiner l'inéquité qui pourrait résulter soit du partage provisoire seul, soit du partage provisoire auquel a été apporté le correctif du paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* en regard des critères des paragraphes 4(4) et 4(5) *F.L.R.A.*⁷⁵, et aussi déterminer s'il y a eu appauvrissement indu des *family assets*.

61. L'application du paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* est d'une complexité déroutante pour le juriste civiliste, car elle est fondée sur de simples appréciations. En outre, à cause de la sérieuse brèche qu'elle occasionne au principe du partage des seuls *family assets*, les tribunaux ont eu tendance à en diminuer considérablement la portée.

Inexistante au Québec comme situation de partage, cette possibilité pour les tribunaux de s'ingérer dans les *non-family assets* est tout d'abord surprenante pour le civiliste. En effet, comment peut-on justifier que par l'intervention judiciaire, un des conjoints doive partager ses *non-family assets*? Quelle est l'utilité de qualifier les biens de *family assets* et de *non-family assets* si de toute façon les tribunaux peuvent ordonner le partage des uns comme des autres?

62. Pour bien saisir le processus, il faut d'abord se rappeler qu'au moment où l'application du paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* est soulevée, le déroulement des opérations du partage s'est fait de la manière suivante : le juge a examiné le partage provisoire; puis il a scruté ce partage pour déterminer si un tel partage serait source d'inéquité dans le contexte des critères du paragraphe 4(4) *F.L.R.A.*

63. Lorsque le juge estime effectivement qu'un partage égal des *family assets* serait source d'inéquité, il doit corriger cette inéquité. Le véritable dilemme rencontré par la jurisprudence est celui-ci : lorsqu'une telle situation se présente, comment le tribunal doit-il corriger cette inéquité? Doit-il d'abord ordonner un partage inégal des *family assets* et ne recourir au partage des *non-family assets* que lorsque même le partage des *family assets* ne satisfait pas l'équité? Ou peut-il se contenter, dès qu'il y a inéquité, de choisir, comme bon lui semble, entre le recours du paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* (c'est-à-dire le partage inégal des *family assets*) et celui du paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* (partage des *non-family assets*)?

74. Voir B. HOVIUS, *loc. cit. supra*, note 52, pp. 83-416 et suiv.; Berend HOVIUS, "Family Property : Part I of the Family Law Reform Act, 1978", dans *Payne's Digest on Divorce in Canada*, Don Mills, Richard De Boo, 1968-80, pp. 215 et suiv.; Martin W. MASON, "The Homemaker and Non-family assets; A Consideration of the Ontario Family Law Reform Act, Subpara. 4(6)(b)(ii)", (1983) 15 *Ottawa L. Rev.* 573 et l'abondante jurisprudence qui y est citée.

75. *Krska c. Krska*, (1980) 16 R.F.L. (2d) 106; *Coville-Reeves c. Colville-Reeves*, (1982) 27 R.F.L. (2d) 337.

64. C'est dans l'arrêt de la Cour d'appel *Leatherdale c. Leatherdale*⁷⁶ qu'ont été édictées les règles concernant les conditions d'application du paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* Le juge Lacoursière s'exprime comme suit :

The logical sequence [...] is to consider first whether an equal division requires a redressing to avoid inequity; the next step is to examine the possibility of awarding the deserving spouse a larger portion of family assets. Where this would not redress the inequity, or would create some other inequity, the Court should then consider the making of a division of property that is not a family asset.

Il faut en effet comprendre que les tribunaux se sentaient réticents à s'ingérer dans les *non-family assets* des conjoints, qui ne sont pas théoriquement sujets à partage. Par cont.e, il leur paraissait plus normal de régler les problèmes d'inéquité par le biais du paragraphe 4(4) *F.L.R.A.* Aussi ne faut-il pas se surprendre que l'attitude prise par la jurisprudence soit la suivante : en principe, si le tribunal constate que le partage égal des *family assets* engendrerait une inéquité, il tentera de corriger celle-ci en ordonnant un partage inégal des *family assets*. Ce n'est que lorsque le partage inégal est impossible ou inadéquat qu'il ordonnera le partage des *non-family assets*⁷⁷, et même alors, le tribunal fait preuve d'une grande parcimonie⁷⁸.

3) Le partage final

65. L'étape du partage final est l'aboutissement normal de la réflexion du juge sur la nécessité de procéder à des correctifs au partage provisoire. La solution que favorisera le juge dépend essentiellement de sa perception de l'inéquité résultant des paragraphes 4(4) et 4(6) *F.L.R.A.* et de l'appauvrissement indu du paragraphe 4(6) *F.L.R.A.*⁷⁹.

76. (1981) 31 O.R. (2d) 141, p. 145. Les propos du juge Lacoursière ont été confirmés par la Cour suprême. Voir *Leatherdale Leatherdale*, [1982] 2 RCS 743, p. 755.

77. *Leatherdale c. Leatherdale*, (1981) 31 O.R. (2d) 141; *Whaley c. Whaley*, (1982) 127 D.L.R. (3d) 63; *Page c. Page*, (1981) 19 R.F.L. (2d) 135; *Coulter c. Coulter*, (1982) 25 R.F.L. (2d) 204; *Sharp c. Sharp and Frecker*, (1981) 22 R.F.L. (2d) 29. Voir aussi James G. McLEOD, « Annotation », (1981) 20 R.F.L. (2d) 2, commentant l'arrêt *Peterson c. Peterson*, (1981) 20 R.F.L. (2d) 1 (Cour d'appel) et (1980) 12 R.F.L. (2d) 319 (première instance); J. P. DE WRIGHT, *op. cit. supra*, note 54, p. 5.

78. *McCoy c. McCoy*, (1982) 24 R.F.L. (2d) 30, où le juge a accordé à l'épouse une somme de 200 000 \$ sur les *non-family assets* du mari évalués à plus de 2 000 000 \$.

79. Voir *Peterson c. Peterson*, (1981) 20 R.F.L. (2d) 1, où le juge Lacoursière (dissident) affirme qu'un partage des *non-family assets* aux termes du par. 4(6) *F.L.R.A.* ne doit pas être ordonné à moins qu'il n'y ait eu dilapidation ou appauvrissement indu des biens ou une inéquité résultant des sous-al. 4(6)(b)(i) et (ii).

En conséquence, le partage final reflètera l'une des situations suivantes : d'abord, il est possible que le juge estime que le partage provisoire qu'il avait proposé correspond parfaitement à la réalité des faits et qu'il ne crée aucune inéquité quelconque. Le partage final sera alors identique au partage provisoire, aucune des mesures correctives n'étant retenue.

66. Il se peut aussi que le juge décèle, dans le partage provisoire, une inéquité susceptible d'être corrigée au moyen d'un partage inégal des *family assets*, auquel cas le partage final concrétisera ce correctif.

Enfin, il se peut qu'une inéquité ou un appauvrissement induit des *family assets* rende applicable le paragraphe 4(6) *F.L.R.A.* En ce cas, le juge tentera, dans la mesure du possible, de corriger la situation par le seul truchement du paragraphe 4(4) *F.L.R.A.*, sans toucher aux *non-family assets*⁸⁰. Si ce correctif seul ne réussit pas à rétablir l'équilibre recherché, le tribunal ordonnera un partage des *non-family assets*.

Quoiqu'il en soit, le partage final est très souvent fort différent de ce qu'était le partage provisoire, puisqu'il prend en considération des facteurs absents lors de l'évaluation initiale des biens à partager.

CONCLUSION

67. Il est difficile, à la lumière de ces quelques considérations sur le partage, de porter un jugement éclairé sur les systèmes québécois et ontarien.

On peut certes louer le régime de la société d'acquêts pour sa clarté et l'élaboration de ses principes qui sont, avouons-le, beaucoup plus pondérables que ceux du régime ontarien. On a par contre reproché à ce système sa trop grande rigidité, son manque de souplesse, principalement à cause de l'application aveugle de ses principes.

[...] lorsqu'il [le régime de la société d'acquêts] impose un partage égal à la dissolution, il peut y avoir des injustices que les tribunaux ne peuvent corriger comme en "common law". [...] D'autre part, le régime lui-même laisse place à d'autres injustices en ce sens que si l'un des époux n'a pas d'acquêts, il peut, à la dissolution du mariage, demander le partage des acquêts de l'autre⁸¹.

S'il est vrai que le partage égal des acquêts puisse créer à l'occasion des injustices, il n'est cependant pas évident que le fait que seul l'un des époux ait des acquêts en soit une. Qui oserait soutenir que le conjoint qui ne travaille pas à l'extérieur du domicile familial et qui n'a

80. En ordonnant par exemple que les *family assets* soient attribués en totalité au conjoint victime de l'inéquité.

81. André COSSETTE, « L'absence de régime matrimonial de biens dans un pays de droit civil ou la rencontre de deux cultures juridiques », (1984-85) 87 *R. du N.* 107, 114.

pas d'acquêts commet une injustice en demandant le partage des acquêts de l'autre?

Certes, il peut se produire des situations exceptionnelles qui feront en sorte que l'un des conjoints, ayant dilapidé ses acquêts, prive ainsi l'autre des bénéfices du partage des acquêts du prodigue tout en lui imposant l'obligation de partager avec celui-ci des acquêts durement amassés. Mais rappelons que d'autres remèdes préventifs pourraient être avantageusement utilisés, dont la séparation judiciaire de biens (art. 521 C.c.Q.).

68. Les options proposées par chacune des législations offrent des avantages et des inconvénients qui vont de pair. Avec sa relative simplicité d'application, ses règles codifiées et ses techniques de récompenses et de partage strictement comptables, la société d'acquêts a choisi de sacrifier « l'évaluation personnalisée » de chaque dissolution de régime. On applique les principes sans tenir compte des distorsions occasionnelles qui peuvent en résulter.

69. Le législateur ontarien a préféré quant à lui la « solution faite sur mesure ». La loi indique des grands principes, le cadre dans lequel le partage se joue; aux tribunaux d'évaluer chaque cas et de distinguer là où des distinctions doivent être faites. On serait en droit de présumer que la justice ontarienne est plus humaine, et sans doute plus juste. A-t-on vraiment raison? La complexité engendrée par le processus du partage favorise-t-elle vraiment la justice? Nul ne peut le dire avec certitude. Une chose est cependant sûre : c'est que la société d'acquêts, de par son encadrement mieux défini, est fondamentalement plus rassurante pour les conjoints. En effet, il est facile pour ceux-ci de prévoir à l'avance leur sort respectif advenant un partage. Les principes sont en cela très sécurisants : les époux sont en mesure de connaître et d'évaluer les règles du jeu avant même la dissolution du régime.

Les époux ontariens n'ont pas cet avantage et, en ce sens, il nous semble que le grand perdant dans tout cela est le conjoint qui demeure à la maison c'est-à-dire dans la plupart des cas, l'épouse. En effet rien dans la loi ne garantit à ce dernier une part réellement concrète dans les biens de l'autre. Bien sûr, l'article 4 *F.L.R.A.* lui promet la moitié des *family assets*. Mais on sait fort bien qu'il n'est pas trop difficile pour l'époux gagne-pain de conserver d'importants *non-family assets*, ce qui n'est pas vrai au Québec. Cela est principalement attribuable au fait que l'Ontario présume que tout bien est un *non-family asset* sous réserve de preuve contraire alors que le Québec favorise nettement la présomption d'acquêts⁸².

70. Les conjoints ontariens sont donc beaucoup plus à la merci des tribunaux, de sorte que leurs droits dans les *family assets* sont éven-

82. J. BEAULNE, *loc. cit. supra*, note 1, p. 542.

tuels; ils seront certains ou inexistants selon le bon vouloir du juge. Par contre, il est vrai que certaines situations particulières recevraient en Ontario un traitement plus équitable qu'au Québec. Mais n'oublions pas non plus qu'en ces cas d'espèce, le recours à d'autres réparations n'est pas exclu : que l'on pense par exemple à la prestation compensatoire⁸³.

71. Et pourtant, certains juristes du Québec critiquent la conception civiliste du partage, affirmant que :

Un système juridique qui prône la société d'acquêts ou des régimes de communauté différée ou purement comptables équivaut presque à prôner une absence de régime de biens pendant le mariage; c'est à la fin du mariage ou à la dissolution du régime qu'ils sont efficaces.

De tout cela, il semble qu'il faille conclure que l'absence de régime de biens pendant la durée du mariage soit la meilleure façon de régler tout ce qui tourne autour de l'association de personnes qu'est le mariage et le régime de leurs biens. En ceci, on se rapproche énormément de la "Common Law"⁸⁴.

D'autres juristes québécois semblent même prêts à accepter la complexité du régime ontarien, car « il semble que ce soit là le prix à payer pour assurer la certitude de la règle de droit »⁸⁵.

83. Notons cependant qu'en Ontario, aux règles fort souples de partage de l'art. 4 *F.L.R.A.* s'ajoute le recours de l'art. 8, qui prévoit la possibilité d'une prestation compensatoire :

8. Where one spouse or former spouse has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, management, maintenance, operation or improvement of property, other than family assets, in which the other has or had an interest, upon application, the court may by order,

(a) direct the payment of an amount in compensation therefor; or

(b) award a share of the interest of the other spouse or former spouse in the property appropriate to the contribution, and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the fact that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances.

84. A. COSSETTE, *loc. cit. supra*, note 81, p. 116.

85. D. GUAY-ARCHAMBAULT, *loc. cit. supra*, note 8, p. 750.

8. Sur demande d'un conjoint ou d'un ancien conjoint qui a fait un apport en travail, en argent ou qui s'évalue en argent à l'acquisition, à la gestion, à l'entretien, à l'exploitation ou à l'amélioration d'un bien autre que familial auquel l'autre conjoint a ou avait droit, la cour peut :

a) ordonner un versement compensatoire

b) attribuer au demandeur une part du droit de l'autre conjoint de valeur équivalente à son apport.

La cour évalue l'apport comme si les parties n'étaient pas conjoints, et sans tenir compte du fait qu'un conjoint de ce sexe ferait normalement cet apport.