

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DE LA FAMILLE

Andréanne Malacket

Volume 120, numéro 1, 2018

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1058337ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1058337ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Malacket, A. (2018). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DE LA FAMILLE. *Revue du notariat*, 120(1), 1–60. <https://doi.org/10.7202/1058337ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2017 EN DROIT DE LA FAMILLE

Andréanne MALACKET*

INTRODUCTION	3
1. De la filiation	4
1.1 Des actions judiciaires relatives à la filiation par le sang	5
1.2 Adoption et droits d'accès de la famille biologique. . .	20
2. Du régime matrimonial : partage de la société d'acquêts . .	24
3. De la garde et des droits d'accès	30
4. Des aliments.	41
4.1 Des aliments dus aux enfants	42
4.2 Des aliments dus à l'ex-époux	49
CONCLUSION	59

* LL. B., LL. M. avocate ; chargée de cours en droit de la famille et doctorante en droit familial et des successions à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

Au cours de l'année 2017, les décisions des tribunaux ont été, comme à l'habitude, très nombreuses en matière familiale. Peu de dossiers ont toutefois défrayé la manchette. Si, après un important arrêt de la Cour d'appel du Québec, un quotidien titrait « Un homme devient père seize mois après sa mort »¹, l'affaire aura somme toute peu retenu l'attention des médias. Il en va de même d'un important projet de loi, qui a été sanctionné en juin 2017, et dont les articles relatifs à la confidentialité des dossiers d'adoption doivent entrer en vigueur au plus tard en juin 2018². Une véritable révolution s'opérera dès lors, le régime d'adoption plénière et fermée québécois étant appelé à se transformer en un régime d'ouverture, qui permettra d'assortir l'adoption plénière d'une reconnaissance symbolique des liens de filiation préexistants et consacrerà, dans une certaine mesure, le droit des enfants adoptés à la connaissance de leurs origines.

Ces sujets d'intérêt et d'autres qui s'attachent au droit de la famille sont l'objet des décisions sélectionnées aux fins de notre revue de jurisprudence³. En premier lieu, nous verrons quatre décisions relatives à la filiation : trois d'entre elles mettent en scène des actions en réclamation ou en contestation de la filiation par le sang d'un enfant, alors que la quatrième concerne la situation d'une grand-mère biologique qui réclame le maintien de ses droits d'accès auprès de sa petite-fille désormais adoptée. Nous examinerons ensuite les mesures accessoires à la rupture, en analysant d'abord deux arrêts portant sur le partage de la société d'acquêts. Nous poursuivrons en présentant trois jugements en matière de garde d'enfants, qui se déploient dans trois contextes particuliers : le cas

1. Philippe TEISCEIRA-LESSARD *La Presse Plus*, 15 juillet 2017, en ligne : <<http://www.lapresse.ca/actualites/201707/15/01-5116472-un-homme-devient-pere-16-mois-apres-sa-mort.php>>.

2. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, L.Q. 2017, c. 12.

3. Il s'agit d'une revue de jurisprudence sélective. De plus, nous ne discutons pas de tous les aspects examinés dans chacune des décisions mentionnées, étant entendu que nous nous concentrons sur les éléments dignes de mention, eu égard, notamment, à la pratique notariale. Enfin, mentionnons que le présent texte est à jour au 29 janvier 2018.

du parent gardien ayant d'importantes limitations fonctionnelles ; l'ordonnance de garde en contexte de déménagement éloigné d'un des parents et les droits du père de remplacement comme troisième figure parentale. Enfin, nous nous pencherons sur cinq arrêts relatifs à l'obligation alimentaire. Trois d'entre eux concernent les aliments dus à l'enfant, s'intéressant notamment à la notion de « revenu disponible » des parents aux fins d'établir la contribution alimentaire de base ainsi qu'à l'obligation du parent *in loco parentis* de verser des aliments à l'enfant à charge aux termes de la *Loi sur le divorce*⁴. Les deux derniers arrêts analysés traitent de l'obligation alimentaire entre ex-époux : l'un s'attarde au fondement compensatoire d'une telle obligation et à la possibilité de verser une somme globale ; l'autre s'intéresse, en deux séries de motifs concordants, au fondement contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-époux, y compris l'intention des parties et leurs attentes légitimes⁵.

1. De la filiation

Bon an mal an, un certain nombre de décisions donnent suite à des actions judiciaires relatives à la filiation par le sang à l'occasion desquelles les tribunaux statuent sur des demandes en réclamation ou en contestation d'état. Le notaire appelé à conseiller des clients en telle matière aura avantage à connaître ces décisions, notamment lorsqu'elles sont de nature à susciter des réflexions et des débats en raison de leur caractère inédit. C'est le cas de l'arrêt *Droit de la famille – 171644*⁶, qui concerne l'établissement de la filiation d'un enfant conçu à partir d'un embryon issu des gamètes de l'intimée et de monsieur, l'embryon ayant été implanté dans l'utérus de l'intimée de façon *post mortem*, soit après la mort de monsieur. Quant aux décisions *Droit de la famille – 171685*⁷ et *Droit de la famille – 17536*⁸, bien qu'elles ne présentent pas le caractère inédit d'une « procréation assistée *post mortem* », elles sont l'occasion de rappeler certains principes fondamentaux en matière de contesta-

4. L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.). Nous omettrons la référence complète à cette loi dans les pages qui suivent afin de ne pas alourdir le texte.

5. Le présent texte reprend certaines formulations tirées de la revue de la jurisprudence 2016 rédigée par l'auteure, et ce, sans que mention en soit expressément faite en note de bas de page puisqu'il ne s'agit là que de style. Le lecteur pourra néanmoins consulter cette revue à la référence suivante : Andréanne MALACKET, « Revue de la jurisprudence 2016 en droit de la famille », (2017) 119-1 R. du N. 1.

6. 2017 QCCA 1088.

7. 2017 QCCS 3190.

8. 2017 QCCA 432.

tion d'état, notamment en regard des notions de possession d'état, de désaveu et de présomption de paternité. Enfin, la décision *Droit de la famille – 17904*⁹ pose elle aussi une question assez singulière, soit celle du maintien des droits d'accès consentis à la grand-mère biologique maternelle, et ce, à la suite de l'adoption par consentement spécial de sa petite-fille par la nouvelle conjointe du père. Dans un tel cadre, le notaire est appelé à occuper une place de choix, étant compétent pour agir et représenter des clients dans les demandes non contestées en matière d'adoption¹⁰, à l'occasion desquelles est susceptible de se poser la question des droits d'accès de la famille biologique.

1.1 Des actions judiciaires relatives à la filiation par le sang

Droit de la famille – 171644, 2017 QCCA 1088

Dans cet arrêt, la Cour d'appel du Québec rend un jugement fondamental en matière d'établissement de la filiation d'un enfant né d'une procréation assistée *post mortem*. En l'espèce, il est acquis que l'intimée est la mère de l'enfant et que monsieur, feu son époux, en est le père biologique¹¹. Le couple a en effet eu recours aux services d'une clinique de fertilité pour procéder à une fécondation *in vitro* à partir de leurs gamètes respectifs, étant incapable de concevoir naturellement. Aussi, en septembre 2011, 16 embryons sont congelés, l'intimée et monsieur signant des consentements afin que les embryons soient donnés au conjoint survivant, le cas échéant.

Après l'implantation infructueuse d'un premier embryon, monsieur décède des suites d'une chute accidentelle dans son pays natal. L'intimée n'en poursuit pas moins une seconde tentative d'implantation, qui porte ses fruits¹². L'enfant naît 493 jours après le décès de monsieur. Bien que l'enfant soit né de parents mariés, la présomption de paternité¹³ s'avère inutile pour établir sa filiation,

9. 2017 QCCS 1705.

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

11. Les appelantes, cohéritières potentielles, ne contestent pas ce fait.

12. L'intimée et le *de cuius* avaient d'ailleurs prévu de procéder à une seconde implantation avant la mort de ce dernier.

13. L'article 525, al. 1 C.c.Q. prévoit : « L'enfant né pendant le mariage ou l'union civile de personnes de sexe différent ou dans les 300 jours après sa dissolution ou son annulation est présumé avoir pour père le conjoint de sa mère. »

de même que la possibilité qu'a ordinairement l'épouse de signer la déclaration de naissance en lieu et place de son mari¹⁴, l'enfant étant né plus de 300 jours après la dissolution de l'union, causée par le décès de monsieur. Aussi, il appert que le Directeur de l'état civil (« DEC ») a refusé d'inscrire le nom du *de cuius* sur l'acte de naissance de l'enfant et a conseillé à l'intimée de s'adresser à la Cour supérieure pour faire établir la filiation de l'enfant avec monsieur¹⁵. Un jugement de la Cour supérieure¹⁶, rendu en 2013, a ainsi reconnu la filiation entre l'enfant et le *de cuius* sur la foi d'une analyse d'ADN et a ordonné au DEC de dresser un acte de naissance conforme.

Les appelantes, cohéritières potentielles, n'ont pas tout de suite connaissance de cette procédure. Elles l'apprennent en juillet 2014. Elles présentent alors une requête en rétractation du jugement sur la reconnaissance de la filiation entre l'enfant et le *de cuius*. C'est ce jugement sur la rétractation de jugement qui fait l'objet de l'appel, le tribunal ayant rejeté la requête des appelantes, estimant que rien n'empêche la reconnaissance de paternité de manière posthume en droit québécois. Aussi, la question en litige vise-t-elle à déterminer si l'insémination *post mortem* de l'embryon fait obstacle à l'établissement d'une filiation entre l'enfant et le *de cuius*¹⁷.

Les appelantes plaident que « l'absence de mécanisme législatif pour établir la filiation posthume indique que cette dernière ne peut être reconnue »¹⁸, invoquant entre autres l'instabilité qui affecterait les rapports entre individus, particulièrement en matière successorale. Au contraire, l'intimée estime que les règles de la filiation par le

14. L'article 114 C.c.Q. prévoit : « Seuls le père ou la mère peuvent déclarer la filiation de l'enfant à leur égard. Cependant, lorsque la conception ou la naissance survient pendant le mariage ou l'union civile, l'un des conjoints peut déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de l'autre. »

Il faut toutefois noter, ici, que si l'on considère que la « conception » a lieu au moment où l'embryon est créé, plutôt qu'au moment où il est implanté, on pourrait plaider que l'article 114 C.c.Q. permettait à l'intimée de déclarer la filiation de l'enfant à l'égard de feu son époux, l'embryon ayant été créé du vivant de l'époux, soit pendant le mariage. Cette question n'a pas été soumise à la Cour d'appel du Québec. La même question, d'ailleurs, se pose quant au droit de succéder de l'enfant aux termes de l'article 617 C.c.Q. À ce dernier sujet, la Cour d'appel fait certaines remarques. Nous y reviendrons : *infra*, p. 7 et 8.

15. *Droit de la famille* – 171644, préc., note 6, par. 15.

16. *Droit de la famille* – 153277, 2015 QCCS 6030.

17. *Droit de la famille* – 171644, préc., note 6, par. 4.

18. *Ibid.*, par. 21.

sang permettent d'établir la filiation paternelle de l'enfant et que le silence du Code civil n'y fait pas obstacle¹⁹.

Dans un jugement unanime rédigé sous la plume du juge Vaclair, la Cour d'appel du Québec rejette le pourvoi. Citant abondamment le rapport du Comité consultatif sur le droit de la famille²⁰ tout au long de son analyse, la Cour d'appel estime « choquante » l'éventualité où l'enfant puisse voir sa filiation avec son père non reconnue. Tout en reconnaissant que la vérité biologique n'est pas absolue et que la filiation comporte une importante dimension psychosociale, elle refuse de trancher le débat sous le seul angle du droit successoral. La Cour estime d'ailleurs que la question relative au droit de successibilité de l'enfant, bien qu'intéressante, n'a pas à être décidée aux fins du pourvoi, relatif à la filiation de l'enfant²¹. Elle interpelle toutefois le législateur à ce sujet en se référant au Rapport Roy. Elle ajoute que le père ne devient pas un tiers au projet parental du simple fait de son décès. Pour elle, en l'absence d'intention contraire du législateur, le régime de droit commun – celui de la filiation par le sang – doit s'appliquer. Enfin, la Cour souligne que bien que de sérieuses questions éthiques se posent en matière de procréation assistée *post mortem*, il ne lui revient pas de légiférer. De nouveau, la Cour d'appel envoie un fort signal au législateur, souhaitant qu'il se saisisse le plus rapidement possible du dossier. Nous reproduisons certains passages pertinents de l'arrêt étant donné leur importance :

[23] [...] Prétendre, en définitive, que l'enfant ne pourrait jamais se faire reconnaître une filiation paternelle malgré la vérité quant à l'identité du père biologique a quelque chose de choquant. [...] Les appelantes nient la vérité et la réalité en raison de l'absence de disposition législative prévoyant la filiation d'un enfant né à la suite de l'insémination *post-mortem* de l'embryon fécondé avec les forces génétiques de sa mère et de son père, les deux personnes qui formaient le « projet parental ».

19. Notons qu'il est entendu que les règles de la filiation par procréation assistée prévues au *Code civil du Québec* n'auraient pas pu s'appliquer en l'espèce, l'intimée et le *de cuius* n'ayant pas eu recours aux forces génétiques d'un tiers pour concrétiser leur projet parental. Seules les règles relatives à la filiation par le sang sont ici pertinentes, l'enfant ayant été conçu à partir des gamètes des parties.

20. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, Alain ROY (prés.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015 [ci-après « Rapport Roy »].

21. À ce sujet, il faut en plus lire les paragraphes 9 et 10 de l'arrêt *Droit de la famille – 171644*, préc., note 6.

[24] Je précise immédiatement que je partage tout à fait le point de vue voulant que la vérité biologique ne soit pas absolue. Je trouve particulièrement éclairante cette citation reprise dans le Rapport Roy qui énonce que « le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, des sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe [...] » : Rapport Roy, p. 141-142. Cette citation met en lumière, selon moi, que la question de la filiation, au-delà du juridique, comporte une dimension psychosociale pour les personnes visées.

[25] Voilà pourquoi je refuse, comme le proposent les appelantes, de trancher le débat uniquement sous le rapport du droit successoral. Certes, la successibilité de l'enfant né d'une insémination *post-mortem* soulève des questions, mais d'une part, les appelantes ont déployé passablement d'énergie pour empêcher que soit abordée la question préliminaire soulevée par la Cour et qui aurait sans doute eu l'avantage d'inclure au débat la portée de l'article 617 C.c.Q. À cet égard, il me semble que l'interprétation du mot « conçu » autorise des arguments divergents. D'autre part, le droit d'hériter n'est qu'une partie de la réalité sociale de la filiation. Je n'accepte pas que la successibilité d'un enfant né d'une insémination *post-mortem*, comme le proposent les appelantes, soit l'unique intérêt d'établir sa filiation. Encore une fois, la filiation est multidimensionnelle et comporte certainement une valeur identitaire importante.

[26] Personne ne conteste que le *Code civil* est silencieux sur la question précise de l'insémination *post-mortem*. Même le Rapport Roy n'en discute pas, [...]

[27] Or, au titre de la filiation, le chapitre 1.1 du *Code civil* traite de celle des enfants nés d'une procréation assistée, et personne ne le conteste, lorsque les forces génétiques d'un tiers participent au projet parental : art. 538 C.c.Q., Rapport Roy, p. 155. Ce chapitre comporte ses propres règles en matière de filiation. Il ne vise aucunement la situation qui nous occupe où les seules forces génétiques en cause sont celles des deux membres du projet parental.

[28] Le père biologique décédé ne devient pas un tiers au projet parental du simple fait de son décès. Un tel résultat aurait été spécifiquement prévu par le législateur. [...]

[...]

[43] Ensuite, pour répondre aux autres arguments, il faut rappeler qu'un tribunal doit résister à la tentation de légiférer. À n'en pas douter, il y a des questions éthiques et sociales qui découlent de l'insémi-

nation *post-mortem*. Il n'y a cependant aucun obstacle juridique à ce que soit reconnue la filiation d'un enfant né dans ces circonstances.

[44] Serait-il préférable que le législateur intervienne afin de baliser la filiation *post-mortem* à partir d'embryons fécondés par les forces génétiques du couple à l'exclusion de tiers ? Voilà une question qui lui revient. Entre-temps, je souligne la remarque du Rapport Roy voulant que devant de possibles dérives éthiques, ce ne soit pas à l'enfant à payer le prix : Rapport Roy, p. 156. Cela dit, je n'affirme pas que c'est le cas en l'espèce, mais le commentaire est pertinent en ce que l'enfant à naître ne peut pas être blâmé pour le comportement de ses parents.

En plus de soulever d'importantes questions de nature éthique et de porter à réflexion, cet arrêt est capital puisqu'il présente une solution à une situation qui n'a pas été prévue par le législateur québécois, tant au chapitre du droit de la famille qu'en matière de successions. Il met ainsi en évidence la nécessité de mener une réforme législative en cette matière, voire de provoquer un débat sociétal sur l'ensemble du droit de la famille québécois, dont plusieurs aspects sont devenus complètement anachroniques et devraient être modifiés à brève échéance²². D'ailleurs, faut-il mentionner qu'une réforme du droit de la famille ne saurait être complète sans se pencher sur certains éléments du droit successoral, dont au premier titre les règles de dévolution légale ? C'est ce que met tout spécialement en exergue l'arrêt de la Cour d'appel, la connexité entre le droit familial et le droit successoral y apparaissant évidente.

Par ailleurs, il est intéressant de souligner de nouveau que le plus haut tribunal de la province refuse de solutionner le litige du point de vue successoral, invitant très clairement le législateur à se saisir de cet enjeu. Si ce refus ne saurait être reproché à la Cour d'appel compte tenu de la nature du litige, de sérieuses questions n'en risquent pas moins de se poser au cours des prochaines années. Ainsi, l'enfant issu d'une procréation assistée *post mortem* se qualifie-t-il à titre de successible aux termes de l'article 617 C.c.Q. ? Plus spécialement, quelle interprétation faut-il donner au mot « conçu » ? Un embryon créé ou congelé est-il un enfant « conçu » au sens de l'article 617 C.c.Q., ou faut-il plutôt qu'il soit *implanté* dans l'utérus de sa mère pour qu'on considère qu'il est un enfant « conçu » ? De même, particulièrement pour les successions *ab intestat*, quel sera le devoir du notaire chargé d'une liquidation au

22. Pour s'en convaincre, le lecteur n'a qu'à consulter les nombreuses recommandations contenues au Rapport Roy, préc., note 20.

moment du partage des biens entre les héritiers dans l'éventualité où on lui fait savoir que le *de cuius* a laissé derrière lui des embryons congelés ? Que devra-t-il prévoir dans le plan de répartition des biens à soumettre avec le compte définitif ? Devra-t-il plutôt suspendre le partage ? conserver une part des biens pendant un certain délai²³ ?

Enfin, qu'en est-il du droit des héritiers d'éventuellement contester la filiation d'un enfant né d'une procréation assistée *post mortem* ? Quelle prescription faut-il leur opposer ? La prescription trentenaire prévue à l'article 536 C.c.Q. ou la prescription annale prévue à l'article 537 C.c.Q. ? Faudra-t-il alors distinguer entre les scénarios où l'enfant est né d'un couple marié, même après le délai de 300 jours prévu au chapitre de présomption de paternité, ou d'un couple en union de fait²⁴ ? Cette distinction entre les délais à opposer aux parties en cause, au moment de contester l'état d'un enfant, n'est d'ailleurs pas sans poser de sérieux questionnements, au-delà du contexte singulier de la procréation assistée *post mortem*.

Par exemple, à l'occasion d'une procréation naturelle qui donne lieu à l'application classique des règles de la filiation par le sang, on peut se demander pourquoi le législateur prévoit encore deux types de règles, soit un délai d'un an pour le recours en désaveu²⁵, et la prescription trentenaire pour les autres recours (contestation d'état « générale » et réclamation d'état)²⁶ ? C'est une incohérence que met en relief la prochaine décision.

Drôit de la famille – 171685, 2017 QCCS 3190

Dans cette affaire, les parties, d'origine roumaine, se marient en Nouvelle-Écosse le 25 juillet 2012. Le même jour, monsieur, qui est citoyen canadien, fait les démarches pour parrainer madame en vue de son immigration au Canada. Madame rejoint ensuite monsieur au Québec. Bien qu'elles soient mariées, les parties ne font jamais vie commune. En 2013, madame informe monsieur qu'elle est enceinte. L'enfant naît en 2013. Monsieur n'assiste pas à l'accouchement et voit l'enfant pour la première fois dix mois après

23. Ces enjeux sont également soulevés par le professeur Alain Roy dans un texte récent : « De certains enjeux du droit québécois de la familial », (2017) 2 *C.P. du N.* 325, 339 et 340.

24. *Ibid.*

25. Art. 531, al. 2 C.c.Q.

26. Art. 531, al. 1 ; 532, al. 1 et 2 et 536 C.c.Q.

sa naissance. Son nom figure néanmoins sur l'acte de naissance, à l'initiative de madame²⁷. En décembre 2014, monsieur apprend qu'il ne serait pas le père biologique de l'enfant. Il informe madame qu'il souhaite divorcer et demande à ce que l'enfant soit soumis à un prélèvement d'ADN. Madame le fait patienter. Puis, elle introduit une demande de pension alimentaire pour l'enfant et pour elle en mai 2015. En juin 2015, monsieur met formellement en demeure madame de faire passer une analyse d'ADN à l'enfant. Le 7 juillet 2015, il intente un recours en contestation d'état *ès qualités*, à titre de tuteur légal de l'enfant²⁸.

Avant que le recours en contestation d'état ne soit entendu au fond, une ordonnance de prélèvement d'une substance corporelle de l'enfant est rendue²⁹. En février 2016, l'analyse d'ADN confirme que monsieur n'est pas le père biologique de l'enfant³⁰. La question en litige que pose le recours en contestation d'état est de savoir si monsieur peut intenter une action en contestation d'état *ès qualités*, laquelle est assujettie à une prescription trentenaire, lors même qu'il ne peut plus exercer à titre personnel un recours en désaveu de paternité puisque le délai d'un an prévu à l'article 531, al. 2 C.c.Q.³¹ est désormais échu.

27. On suppose ici que les parties étant mariées, madame s'est prévaluée de la possibilité que lui offre l'article 114 C.c.Q. de signer la déclaration de naissance de l'enfant en son nom et au nom de son mari. L'acte de naissance dressé par le DEC contiendra ainsi les noms de madame et de monsieur.

28. C'est en quelque sorte dire que monsieur entreprend un recours en contestation d'état contre lui-même.

29. Cette ordonnance est rendue en application de l'article 535.1 C.c.Q., dont l'alinéa 1 prévoit :

« Le tribunal saisi d'une action relative à la filiation peut, à la demande d'un intéressé, ordonner qu'il soit procédé à une analyse permettant, par prélèvement d'une substance corporelle, d'établir l'empreinte génétique d'une personne visée par l'action. »

30. D'autres ordonnances sont également rendues dans deux dossiers connexes : l'ordonnance intérimaire prévoyant le versement d'une pension alimentaire à l'enfant est suspendue le 16 mars 2016 et le divorce des parties est prononcé le 4 mai 2016.

31. L'article 531 C.c.Q. prévoit : « Toute personne intéressée, y compris le père ou la mère, peut contester par tous moyens la filiation de celui qui n'a pas une possession d'état conforme à son acte de naissance.

Toutefois, le père présumé ne peut contester la filiation et désavouer l'enfant que dans un délai d'un an à compter du jour où la présomption de paternité prend effet, à moins qu'il n'ait pas eu connaissance de la naissance, auquel cas le délai commence à courir du jour de cette connaissance. La mère peut contester la paternité du père présumé dans l'année qui suit la naissance de l'enfant. » [Nous soulignons]

Dans un jugement surprenant qui, avec égards, paraît mal fondé en droit, le tribunal fait droit au recours en contestation d'état *ès qualités* de monsieur. D'abord, le juge estime que l'enfant n'a pas une filiation établie par un titre et une possession d'état conforme, mais qu'elle est plutôt établie par l'effet de la présomption de paternité, qui n'est pas irréfragable³². En second lieu, le tribunal est d'avis que monsieur ne s'est pas placé en conflit d'intérêts avec l'enfant en intentant son recours *es qualités*, et ce, pour plusieurs raisons. Pour le tribunal, l'intérêt de l'enfant justifie qu'il connaisse sa véritable filiation. Le tribunal fait d'ailleurs référence à ce sujet au projet de loi 113³³, qui facilitera la recherche de filiation pour les personnes adoptées. Ensuite, le tribunal mentionne que monsieur n'a jamais été présent dans la vie de l'enfant et souhaitait que madame se fasse avorter. Enfin, il souligne que la préoccupation de madame n'est que financière, celle-ci ayant en plus cherché à soutirer à monsieur une somme d'argent afin de reconnaître que l'enfant n'était pas le sien et de consentir au divorce. En somme, le tribunal conclut à l'absence de conflit d'intérêts et ne voit aucune nécessité à ce qu'un tuteur *ad hoc* à l'enfant soit nommé dans cette affaire³⁴.

Ce jugement méritait que nous nous y attardions malgré les erreurs de droit qu'il paraît contenir. En effet, bien que plusieurs notions en matière de filiation y soient malmenées, on ne peut reprocher au tribunal d'avoir voulu rendre un jugement en équité, tant pour l'enfant que pour le père présumé, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce. Aussi, ce jugement met-il très clairement en relief la nécessité de revoir, au chapitre de la filiation par le sang, toutes les actions judiciaires qui y sont rattachées. En effet, pourquoi assujettir, en 2018, le recours en désaveu de paternité à un délai d'un an ? En d'autres termes, pourquoi n'est-il pas permis au mari de contester sa paternité au-delà du délai d'un an lorsqu'une présomption de paternité le relie à l'enfant, lors même qu'il est permis au conjoint de fait de le faire, la présomption ne s'appliquant pas à lui ? N'y a-t-il pas là une distinction qui repose sur le statut matrimonial des parents de l'enfant, ce qui semble, en 2018, fort discutable ? En outre, qu'est-ce qui justifie encore aujourd'hui de moduler le délai applicable en fonction du requérant ? S'il est vrai

32. *Droit de la famille – 171685*, préc., note 7, par. 18.

33. Maintenant devenu une loi, dont les articles ici pertinents entreront en vigueur au plus tard en juin 2018 : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2.

34. *Ibid.*, par. 20-31.

que le mari aux prises avec une présomption de paternité n'aura qu'un an pour contester sa filiation³⁵, le délai sera plutôt de 30 ans si c'est l'enfant ou le parent *es qualités* – en principe la mère – qui introduit l'action. Pourquoi cette différence, voire cette incohérence ?

Certes, si on recherche la réponse dans l'histoire du droit de la famille, on trouvera aisément la réponse. Selon l'ancien droit, soit avant la réforme du droit de la famille de 1980³⁶, la présomption de paternité était la pièce maîtresse, le fondement de la filiation, supplantant même l'acte de naissance. À cette époque, les enfants étaient qualifiés en fonction des circonstances de leur naissance, leurs droits se voyant moduler à la baisse en cas de naissance hors mariage. Le mariage – alors perçu comme le sacrement indissoluble scellant l'union légitime d'un homme et d'une femme³⁷ – était central à la perpétuation des familles, le droit étant parfaitement en phase avec cette idéologie. Aussi, était-il fondamental de sécuriser le plus rapidement possible la filiation d'un enfant né en mariage, dont le père présumé était le mari de sa mère³⁸. En d'autres termes, la

35. Certains auteurs ne seront que partiellement d'accord avec cette affirmation, étant d'avis que lorsque la présomption de paternité s'ajoute à un acte de naissance ou à une possession d'état qui prouve le lien de filiation entre l'homme visé par la présomption de paternité, l'action en contestation se prescrira par 30 ans, le recours en désaveu n'étant plus le véhicule approprié. Aussi, justifient-ils cette logique par le fait que la hiérarchie entre les preuves extrajudiciaires de filiation exige que l'on « privilégie » l'acte de naissance ou la possession d'état et, donc, que l'on fasse fi de l'existence d'une présomption de paternité, laquelle n'est plus utile et n'a guère plus besoin d'être désavouée par l'institution d'un recours en désaveu. Les professeurs Pineau et Pratte expliquent la mécanique dans *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, p. 641, n° 409.

Cette justification nous paraît sans fondement à la lumière de la lettre du *Code civil du Québec*, qui à l'article 531, al. 2, ne distingue pas entre les cas où seule une présomption de paternité prouve la filiation entre l'enfant et son père *versus* les cas où une présomption de paternité entre l'enfant et son père s'ajoute à un acte de naissance ou à une possession d'état qui relie, en outre, ce même homme (et non un autre homme) à l'enfant.

36. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

37. L'article 185 C.c.B.C. se lisait ainsi jusqu'à l'avènement du divorce au Québec en 1969 : « Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints ; tant qu'ils vivent l'un et l'autre, il est indissoluble. »

38. Aux termes de l'article 223 C.c.B.C., l'époux ne disposait que d'un très court délai de deux mois, essentiellement à compter de la naissance ou de la connaissance de la naissance, pour désavouer l'enfant bénéficiant d'une présomption de paternité à son égard. De plus, la mère ne pouvait en aucun cas instituer l'action en contestation de la présomption de paternité, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Dans son *Rapport sur le Code civil du Québec*, déposé en 1978, l'Office de (à suivre...)

stabilité des familles et les mœurs dominantes exigeaient qu'un mari ne puisse, au-delà d'un très court délai, mettre en péril la filiation de l'enfant de sa femme, dont on présumait qu'il était le père³⁹.

Ces impératifs n'existent plus en 2018 et le court délai pour exercer le recours en désaveu – d'une année depuis la réforme de 1980 – ne paraît plus justifié. S'il peut être encore nécessaire de « sécuriser » la filiation d'un enfant pour des motifs de stabilité socio-affective au prix de la vérité biologique⁴⁰, le délai d'un an ne permet certainement pas d'obtenir le résultat escompté. Les commentaires contenus au Rapport Roy sont éloquentes :

Cependant, dans la mesure où l'on décidait de conserver et d'élargir la présomption de paternité, tous reconnaissent que le court délai d'un

(...suite)

révision du Code civil (« ORCC ») précisait, au sujet du droit nouveau : « Le premier alinéa [de l'article 275 du Livre II *De la famille* du Projet de Code civil] s'inspire du principe du Code civil suivant lequel le mari peut désavouer l'enfant de sa femme, c'est-à-dire écarter la présomption de paternité. Les circonstances dans lesquelles un tel désaveu serait permis sont précisées aux articles suivants. Le deuxième alinéa est de droit nouveau. Il répond à la situation juridique nouvelle qui serait faite à l'enfant. Étant donné que tous les enfants jouiraient des mêmes droits, il n'est plus nécessaire de préserver, au prix de la vérité, un statut d'enfant dit « légitime » qui serait supérieur aux autres statuts. Il a donc été jugé utile de permettre à la mère de démontrer que l'enfant n'est pas celui de son mari, action d'autant nécessaire que l'enfant pourrait ainsi bénéficier éventuellement de son véritable foyer. Cette solution s'inspire de la réforme de la loi française (241) et existe d'ailleurs dans d'autres législations, notamment, en droit polonais (242). » Puis, l'ORCC poursuit : « Le délai du désaveu a été étendu à un an au lieu des deux mois actuellement prévus par l'article 223 du Code civil, qui ont paru un peu courts. Il a néanmoins semblé nécessaire de conserver une certaine brièveté au délai pour assurer la certitude de la filiation, [...] » Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec. Commentaires*, vol. 2, t. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 189 et 190.

39. À ce sujet, voir notamment les exposés suivants : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 35, p. 642 et 643, n° 409 ; COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 206.

40. C'est ce que permet l'article 530 C.c.Q., qui prévoit : « Nul ne peut réclamer une filiation contraire à celle que lui donnent son acte de naissance et la possession d'état conforme à ce titre.

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

À ce sujet, voir le Rapport Roy, qui recommande le maintien du « verrou de filiation » contenu à l'article 530 C.c.Q., tout en suggérant une reformulation de la disposition afin de mieux rendre compte du fondement volontariste de la filiation paternelle : COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 222. Voir également le texte suivant, où le professeur Roy propose que le verrou de filiation soit neutralisé en certaines circonstances : A. ROY, préc., note 23, p. 335-338.

an auquel le conjoint et la mère de l'enfant (ou leurs héritiers) sont soumis n'a plus lieu d'être dans le contexte social actuel. Ainsi, la filiation résultant de la présomption de paternité devrait-elle pouvoir être contestée aux mêmes conditions et suivant les mêmes modalités que la filiation découlant d'un autre mode d'établissement. En somme, le Comité suggère l'élimination des actions particulières prévues à l'article 531, al. 2 C.c.Q. (désaveu et contestation de la paternité présumée), afin que toute contestation de la filiation paternelle emprunte désormais la voie de l'action en contestation d'état, sans égard au mode d'établissement de la filiation, à l'état conjugal des parents et à la personne du requérant.⁴¹

En ce sens, le jugement en cause démontre de façon éclatante la nécessité de réformer le droit québécois de la filiation, le tribunal contournant le problème du court délai d'un an en permettant au père d'exercer le recours *ès qualités*, au nom de son enfant, auquel cas la prescription trentenaire s'applique.

Par ailleurs, pour en revenir aux motifs du jugement, soulignons que s'il est exact que l'enfant n'a pas ici une filiation établie par une possession d'état conforme à un titre, il ne faut pas oublier qu'un titre – l'acte de naissance – établissait *a priori* sa filiation paternelle. Ensuite, s'il est exact que l'enfant bénéficie ici en outre – et non seulement – d'une présomption de paternité à l'égard du mari de sa mère puisqu'il est né pendant le mariage des parties, une telle présomption n'avait pas à être qualifiée de « réfragable » ou d'« irréfragable » par le tribunal. La présomption de paternité ne constitue qu'une preuve extrajudiciaire de filiation qui peut être infirmée par une preuve contraire. De nos jours, la présomption de paternité ne peut plus être considérée comme une présomption irréfragable puisque les moyens scientifiques dont on dispose permettront toujours, par nature, de la remettre en cause. Cela dit, un délai – il paraît s'agir d'un délai de déchéance – très court s'appliquera, et ce, en certains scénarios précis, dès lors qu'on tentera de renverser une telle présomption de paternité. En d'autres termes, même en apportant la preuve que la présomption de paternité ne tient plus, et même si l'enfant ne jouit pas d'un titre et d'une possession d'état constante qui y est conforme, l'un – c'est-à-dire le mari assujetti à une telle présomption – pourra voir son recours rejeté au motif de déchéance.

41. *Ibid.*, p. 224 et 225. Voir aussi J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 35, p. 643, n° 409.

Enfin, quant aux motifs qui mènent le tribunal à conclure à l'absence de conflit d'intérêts entre le père et l'enfant, ils laissent songeurs. D'abord, le tribunal paraît confondre le droit à une filiation – si tant est qu'on puisse parler d'un tel droit – et le droit à la connaissance de ses origines. Certes, paraît-il souhaitable que l'enfant puisse un jour connaître son véritable géniteur. Or, rappelons que l'établissement d'une filiation n'a pas toujours à voir avec la vérité biologique⁴². En outre, *stricto sensu*, l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant n'est pas une notion qui doit en principe intervenir au chapitre de l'établissement judiciaire d'une filiation par le sang, contrairement à d'autres matières familiales telles que l'ordonnance de garde, l'exercice de l'autorité parentale ou l'ordonnance de placement de l'enfant en vue de son adoption, où l'appréciation de l'intérêt de l'enfant *in concreto* fait office de principe cardinal. Le notaire appelé à conseiller des parties en toutes ces matières aura donc certainement intérêt à connaître les bons éléments à noter. Enfin, le désintérêt et le désengagement de monsieur auprès de l'enfant, de même que le comportement répréhensible de madame n'auraient pas dû être considérés dans l'évaluation de l'existence d'un conflit d'intérêts. Il s'agit là de justifications qui participent de motifs d'équité, qui ne sont d'aucun secours afin de déterminer si le demandeur confondait ses intérêts avec ceux de son enfant présumé.

En effet, nous estimons qu'un tuteur *ad hoc* aurait dû être nommé en l'instance afin de représenter les intérêts de l'enfant, et ce, même s'il est permis de croire que le dispositif du jugement n'aurait pas été différent. Comment en effet prétendre que le père, qui cherche à désavouer son enfant, agit là pour représenter l'intérêt de cet enfant, voire qu'il n'a pas d'intérêts opposés à ceux de l'enfant ? Poser la question, c'est y répondre. Le *Code civil du Québec* prévoit que « [l]a tutelle est établie dans l'intérêt du mineur ; elle est destinée à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils »⁴³. Convient-il de rappeler que l'article 190 C.c.Q. prévoit la nomination d'un tuteur *ad hoc* au mineur lorsque ce dernier a des intérêts à dis-

42. En effet, pensons aux différents cas de figure envisagés par le législateur où la filiation d'un enfant n'est pas en phase avec la vérité biologique : l'enfant né d'une procréation assistée où ont été utilisées les forces génétiques d'un tiers au projet parental, l'enfant adopté, l'enfant qui bénéficie d'une possession d'état constante conforme à son acte de naissance à l'égard d'un homme qui n'est pas son père biologique.

43. Art. 177 C.c.Q.

cuter en justice avec son tuteur ? C'est évidemment le cas lorsque le mineur et son tuteur sont parties adverses dans une affaire, ou encore lorsqu'elles ont des intérêts opposés dans une même affaire. Tel sera le cas d'un recours en désaveu ou en contestation d'état introduit par le père de l'enfant, qui est demandeur, et auquel l'enfant doit normalement être partie puisque son état est en cause⁴⁴. Dans de telles circonstances, le tribunal peut d'ailleurs d'office procéder à la nomination d'un tuteur *ad hoc*⁴⁵. Avec égards, c'est ce que le juge aurait dû faire en l'espèce, une partie ne pouvant au surplus, en utilisant le mécanisme de la tutelle légale⁴⁶, se poursuivre elle-même. Le notaire intéressé par le droit des personnes physiques et le droit de la famille qui serait appelé à conseiller une partie aux prises avec un conflit en matière de filiation aura avantage à le lui rappeler et à la diriger en amont vers une telle voie.

Droit de la famille – 17536, 2017 QCCA 432

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 17536*⁴⁷, la Cour d'appel du Québec se penche sur une affaire de contestation de paternité. L'appelant figure comme père sur l'acte de naissance de l'enfant. L'intimée conteste cette filiation avec succès en première instance. La seule question en litige consiste à déterminer s'il existe une possession d'état en faveur de l'appelant, de façon à ce que la filiation paternelle de l'enfant soit devenue inattaquable, suivant les termes de l'article 530 C.c.Q.⁴⁸.

Le pourvoi se concentre sur l'un des trois éléments traditionnellement constitutifs d'une possession d'état, à savoir la commune renommée⁴⁹. Alors qu'il est acquis, en matière de filiation par le

44. À ce sujet, voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 35, p. 645, n° 411 ; *Droit de la famille – 3184*, [1999] R.J.Q. 201 (C.S.) ; *Droit de la famille – 2591*, [1997] R.D.F. 142 (C.S.).

45. Art. 160, al. 3 C.p.c.

46. Art. 192 C.c.Q.

47. Préc., note 8.

48. Nous rappelons que l'article 530 C.c.Q. prescrit que la filiation d'un enfant dont la possession d'état est conforme à son acte de naissance est inattaquable :

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

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

49. Les trois éléments traditionnellement constitutifs d'une possession d'état sont le nom (*nomen*), le traitement (*tractatus*) et la commune renommée (*fama*). La possession d'état doit en outre être constante, c'est-à-dire avoir duré entre 16 et 24 mois depuis la naissance de l'enfant. À ce sujet, voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 35, p. 608-613, n° 398.

sang, que la commune renommée repose sur la conviction entretenue par les tiers que l'enfant est issu de l'homme désigné comme père⁵⁰, l'appelant propose une redéfinition de ce critère. En l'espèce, l'entourage des parties sait que l'appelant n'est pas le père biologique de l'enfant ou, en d'autres termes, que l'enfant n'est pas « issu » de lui. Or l'appelant propose d'examiner le critère de la commune renommée en fonction de l'existence d'un lien de parenté psychologique entre lui et l'enfant. En bref, la commune renommée devrait, selon lui, dépendre de sa volonté de jouer le rôle de père auprès de l'enfant.

La Cour d'appel rejette le pourvoi et refuse de redéfinir le critère de la commune renommée tel que le suggère l'appelant. Elle estime que « [d]ans l'état actuel du droit, le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas une telle notion comme étant, à elle seule, attributive d'une filiation par le sang »⁵¹. Elle n'en cite pas moins le Rapport Roy, invitant implicitement à la réflexion quant à la nécessité de maintenir le critère de la commune renommée dans l'évaluation de l'existence d'une possession d'état.

En effet, le Rapport Roy recommande expressément, *inter alia*, la suppression d'un tel critère aux fins de l'établissement d'une possession d'état. On peut y lire :

Troisièmement, le critère de réputation ou de commune renommée (*fama*) que suppose actuellement la possession d'état devrait être abrogé. Ce critère, provenant des termes « dont on le dit issu » prévus à l'article 524 C.c.Q., réfère aux croyances de l'entourage de l'enfant et des parents. Pour qu'une possession constante d'état puisse se concrétiser, preuve doit être faite que, durant la période visée, les tiers croyaient en l'existence d'une véritable parenté biologique entre l'enfant et son prétendu parent. Sans doute ce critère est-il pertinent si l'on conçoit la possession d'état comme étant une « preuve » de filiation dont le sang demeure le fondement, mais il est totalement superflu si l'on conçoit plutôt la possession d'état comme étant un mode d'établissement autonome de la filiation faisant uniquement appel au fondement volontariste. Dès lors qu'on assimile la possession d'état à une forme d'engagement ou de reconnaissance susceptible de fonder la filiation, comme le suggère le Comité (et non à une sorte de présomption ou d'indice biologique que les progrès scientifiques rendent de toute manière obsolètes), il est illogique d'accorder aux croyances

50. C'est en ce sens que l'article 524 C.c.Q. définit la possession d'état : « La possession constante d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent les rapports de filiation entre l'enfant et les personnes dont on le dit issu. »

51. *Droit de la famille – 17536*, préc., note 8, par. 5.

« biologiques » de l'entourage un effet dirimant. En somme, si de telles croyances sont sans importance à l'égard de celui dont la volonté se sera manifestée par la signature de la déclaration de naissance de l'enfant, il devrait en être tout autant à l'égard de celui dont la volonté peut se déduire des faits.⁵²

Il sera intéressant d'examiner l'évolution jurisprudentielle que connaîtra, au cours des prochaines années, la notion de possession d'état, plus particulièrement le critère de la « commune renommée ». Les tribunaux continueront-ils d'évaluer ce critère en fonction de la définition qu'ils y ont toujours donnée en matière de filiation par le sang ? Au contraire, s'autoriseront-ils du fondement volontariste de la filiation pour procéder à une réévaluation de ce critère, d'origine jurisprudentielle et qui s'articule d'ores et déjà différemment en matière d'établissement d'une filiation par procréation assistée⁵³ ? Il s'agit de développements à suivre, la réforme globale du droit de la famille se faisant toujours attendre. En effet, le législateur paraît ne pas vouloir se saisir de cette question, comme bien d'autres. Aussi, seules des modifications législatives en matière d'adoption sont actuellement attendues, lesquelles doivent entrer en vigueur au plus tard en juin 2018⁵⁴. Cela dit, même cette réforme partielle du droit de l'adoption, pourtant fort souhaitée par les diffé-

52. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 213.

53. En effet, lorsque les règles du *Code civil du Québec* prévues au chapitre de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée trouvent application, le critère de la commune renommée s'évalue autrement au moment de trancher sur l'existence d'une possession d'état. Dans un tel cas, le fondement volontariste de la filiation s'y déploie avec force, la commune renommée reposant alors sur la perception des tiers quant à l'existence d'une relation parentale, c'est-à-dire de rapports de filiation entre l'enfant et son père, et non plus sur leur conviction que l'enfant est « issu » de son père. Une telle modulation peut d'ailleurs se comprendre : sans ce tempérament, le critère de la commune renommée pourrait être mis en échec chaque fois qu'on tenterait d'établir l'existence d'une possession d'état entre le père d'intention et l'enfant conçu avec les gamètes d'un donneur de sperme. Aussi, c'est ce qui explique qu'au chapitre de la filiation des enfants nés d'une procréation assistée, le *Code civil du Québec* définit en partie différemment la notion de possession d'état, l'article 538.1 C.c.Q. (plutôt que 524 C.c.Q.) étant alors applicable :

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

54. Il s'agit là du projet de loi 113, auquel nous avons déjà fait référence : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2.

rents acteurs en présence, semble avoir ses limites. C'est ce que nos prochains développements mettent en lumière.

1.2 Adoption et droits d'accès de la famille biologique

La décision *Droit de la famille – 17904*⁵⁵ pose la singulière question du maintien des droits d'accès accordés à la grand-mère maternelle biologique de l'enfant, celle-ci ayant été adoptée par la nouvelle conjointe du père à la suite du décès de sa mère biologique.

Crève-cœur, les faits sont particuliers et méritent qu'on s'y attarde. L'enfant est née en 2011. Elle n'a connu sa mère biologique que très peu de temps, cette dernière étant décédée en juillet 2013 des suites d'un cancer du cerveau. La demanderesse, grand-mère maternelle biologique de l'enfant, est présente dans la vie de l'enfant depuis sa naissance. Elle a toujours assumé son rôle de grand-mère d'une façon positive et satisfaisante. Le défendeur, père de l'enfant, est un bon parent. Après le décès de sa conjointe – mère biologique de l'enfant –, il refait sa vie avec l'intervenante – mère adoptive de l'enfant.

Le différend entre la demanderesse et le défendeur éclate après le décès de la mère biologique de l'enfant. Bien que les contacts soient alors maintenus entre l'enfant et sa grand-mère maternelle, celle-ci apprend que le défendeur vit de nouveau en couple depuis peu. Elle a l'impression que le défendeur souhaite l'écarter de la vie de l'enfant. Elle lui fait parvenir une lettre d'avocat en juin 2014, dans laquelle elle l'invite à discuter des accès qu'elle peut avoir auprès de l'enfant. Les contacts sont alors rompus jusqu'en avril 2015, moment auquel les parties font homologuer par le tribunal une entente au sujet des droits d'accès de la demanderesse auprès de l'enfant. Ces accès se déroulent sans anicroche et sont appréciés par l'enfant, bien qu'elle paraisse éprouver des difficultés d'adaptation à son retour chez ses parents, après l'exercice des droits d'accès par sa grand-mère. Le dernier accès aura lieu en janvier 2017. La demanderesse demande par la suite à ce que ses droits d'accès soient précisés, ce à quoi le défendeur réplique par une demande d'annulation des droits d'accès.

À juste titre, le jugement repose sur une fine analyse des faits qui est effectuée à la lumière du principe-phare de l'intérêt de

55. Préc., note 9.

l'enfant⁵⁶, tout en tenant compte du contexte particulier voulant que la demanderesse ne soit plus, juridiquement, la grand-mère de l'enfant : « le Tribunal [...] doit plutôt regarder le dossier à travers le prisme de l'intérêt de X. Il n'y a aucun doute que son intérêt milite vers la poursuite d'un contact important avec M^{me} P ; mais qu'en est-il du fait que M^{me} P n'a plus le statut de grand-mère ? »⁵⁷.

Après avoir rappelé que le régime d'adoption plénière québécois emporte la rupture des liens de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine⁵⁸ – en l'espèce sa famille maternelle d'origine⁵⁹ –, le tribunal n'y voit pas pour autant une absence d'intérêt juridique à ce que la demanderesse présente sa requête. Certes, le tribunal estime que les parents adoptifs sont en droit de s'attendre à ce que la famille biologique n'intervienne plus dans la vie de l'enfant. Or, des droits d'accès peuvent être attribués à la famille biologique si l'intérêt de l'enfant le justifie. Le tribunal rappelle toutefois que la famille biologique sera alors considérée comme un tiers. S'agissant ici de réviser une ordonnance de droits d'accès rendue antérieurement, le tribunal s'appuie sur l'article 612 C.c.Q.⁶⁰ pour statuer, en lien avec le principe de l'intérêt de l'enfant⁶¹. Au passage, il signale que l'article 611 C.c.Q. s'intéresse à la relation entre petits-enfants et grands-parents, bien qu'il ne mène pas forcément à des droits d'accès⁶². Il conclut que l'enfant vit dans une nouvelle réalité fami-

56. Le principe de l'intérêt de l'enfant est fondamental en droit québécois. Depuis la réforme du droit de la famille de 1980, il est devenu un paradigme incontournable, étant désormais codifié au Code civil. L'article 33 C.c.Q. (anciennement art. 30 C.c.B.C.) prévoit ainsi : « [l]es décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. » Au sujet de l'intérêt de l'enfant, voir également Andréanne MALACKET, « Des contours de l'intérêt de l'enfant à son instrumentalisation : exemple d'une réforme annoncée en matière d'adoption », (2014) 44 (2-3) *R.D.U.S.* 569.

57. *Droit de la famille – 17904*, préc., note 9, par. 36 et 37.

58. Art. 577 C.c.Q.

59. En effet, un enfant qui est adopté par le nouveau conjoint d'un de ses parents d'origine ne voit pas ses liens de filiation rompus avec ce parent d'origine – ici le père. Il s'agit là d'un cas de figure particulier qu'a prévu le législateur à l'article 579, al. 2 C.c.Q.

60. Cet article prévoit : « **612.** Les décisions qui concernent les enfants peuvent être révisées à tout moment par le tribunal, si les circonstances le justifient. »

61. *Droit de la famille – 17904*, préc., note 9, par. 47.

62. Cet article prévoit : « **611.** Les père et mère ne peuvent sans motifs graves faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. À défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le tribunal. »

liale depuis son adoption, ayant de nouveaux grands-parents. Par ailleurs, il n'est pas anormal qu'elle pleure au retour de chez sa grand-mère maternelle biologique. De telles émotions, même si elles sont désagréables pour les parents de l'enfant, ne révèlent pas que les accès se sont mal déroulés et n'empêchent pas que l'enfant bâtit une relation avec ses nouveaux grands-parents. Au contraire, si l'enfant est coupée de sa grand-mère maternelle biologique, elle souffrira encore. Le tribunal rejette donc la requête en annulation des droits d'accès, tout en refusant de préciser davantage les droits d'accès de la demanderesse afin de laisser aux parties une flexibilité dans l'exercice de ces droits.

Tout en s'intéressant *stricto sensu* aux droits d'accès de la famille biologique de l'enfant, cette décision met en lumière un enjeu beaucoup plus vaste : l'urgence de réformer le corpus législatif québécois en matière d'adoption. En effet, on peut certes ici se réjouir de la justesse de l'analyse du tribunal et de son ouverture à maintenir les droits d'accès de la grand-mère maternelle biologique de l'enfant. Le fait que le tribunal rappelle l'existence de l'article 611 C.c.Q., qui traite des relations entre petits-enfants et grands-parents, tout en prenant acte du fait que la demanderesse n'est plus la grand-mère de l'enfant, est à notre avis révélateur d'un certain malaise.

En effet, comment expliquer qu'en 2018, le Québec ne connaisse encore que le régime de l'adoption plénière ? Comment se réjouir du fait que la loi nouvelle⁶³, dont les articles pertinents entreront en vigueur sous peu, néglige de solutionner l'ensemble des cas de figure envisageables en matière d'adoption, notamment ceux où des parentés plurielles coexistent⁶⁴ ? Pourquoi la règle actuelle voulant que l'adoption soit *toujours* plénière est-elle maintenue⁶⁵ ? En d'autres termes, est-il *toujours* souhaitable que l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, et ce, *en toutes circonstances*⁶⁶ ?

63. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2.

64. À ce sujet, voir Françoise-Romaine OUELLETTE et Carmen LAVALLÉE, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles », (2015) 60 R.D. McGill 295, 318 et s.

65. Hormis les cas d'adoption autochtone, qui font l'objet d'un traitement législatif particulier qu'il convient d'applaudir. À ce sujet, voir les nouveaux articles 132.01 et 543.1 C.c.Q. : *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2, art. 3 et 13.

66. Le seul « tempérament », prévu à l'article 14 de la loi nouvelle (nouvel article 544.1 C.c.Q.), sera la possibilité d'assortir l'adoption plénière d'une reconnaissance (à suivre...)

Pensons à l'intérêt de l'enfant placé dans une situation semblable à celle faisant l'objet de la décision rapportée. Il s'agit d'un enfant devenu orphelin de mère à un très jeune âge, et qui aura plus tard le bonheur de retrouver auprès de la nouvelle conjointe de son parent survivant une mère de remplacement qui l'aime et qui souhaite l'adopter. Faut-il vraiment imposer à cet enfant, pour qu'il puisse avoir une mère adoptive, de cesser d'appartenir à sa famille maternelle d'origine ? Dit autrement, cet enfant doit-il être juridiquement coupé d'une famille maternelle d'origine encore bien vivante avec laquelle il maintient des liens privilégiés ? La loi devrait-elle toujours emporter l'effacement de cette première famille maternelle dans tous les cas de figure possibles ? Faut-il toujours *remplacer* une famille par une autre, ou pourrait-on parfois envisager d'*ajouter* une famille ? Doit-on vraiment priver l'enfant d'un statut d'héritier légal auprès de ses grands-parents maternels d'origine⁶⁷ ? Convient-il d'admettre que ces mêmes grands-parents maternels d'origine n'auront plus le droit de revendiquer le maintien de contacts avec leur petit-enfant aux termes de l'article 611 C.c.Q. ? Ces grands-parents d'origine sont-ils, *vraiment*, des tiers ? Parce que c'est bien ainsi qu'il faut actuellement les traiter, et la décision rapportée le démontre : dans une requête portant sur des

(...suite)

sance des liens de filiation préexistants de l'enfant. Une telle reconnaissance n'aura toutefois aucun écho sur le plan pratique (par exemple en matière alimentaire ou successorale), la famille d'origine ne se voyant reconnaître aucun droit ni imposer aucune obligation à l'égard de l'enfant, et inversement. Aussi, la reconnaissance des liens de filiation préexistants n'aura qu'une portée symbolique : de tels liens seront inscrits sur l'acte de naissance de l'enfant. Pour le professeur Roy, il ne s'agit donc là que d'une modalité d'accès aux renseignements nominatifs de l'enfant auxquels il pourra avoir accès en consultant son acte de naissance plutôt qu'en utilisant la nouvelle procédure usuelle d'accès auxdits renseignements. Voir l'explication qu'il en donne A. ROY, préc., note 23, p. 357-362.

67. Il ne serait pas difficile d'imaginer un régime où l'enfant pourrait bénéficier d'un statut d'héritier légal tant auprès de sa famille adoptive qu'auprès de sa famille d'origine. Un tel mécanisme existait au Québec, sous forme d'une succession anormale applicable en matière d'adoption, de 1924 à 1969. Cette distinction fut abrogée en 1969 par la *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, les parents adoptants devenant dès lors les seuls héritiers *ab intestat* de l'enfant adopté. Voir Albert MAYRAND, *Traité élémentaire de droit civil. Les successions ab intestat*, Montréal, P.U.M., 1971, n° 185, p. 156. Cela dit, même après l'adoption de la *Loi de l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, un doute a subsisté quant à la vocation successorale de l'enfant adopté à l'égard de sa famille légitime d'origine (et non l'inverse). Ce n'est qu'à la suite de la réforme de 1980 qu'on put affirmer sans aucun doute que l'enfant adopté n'avait de droits successoraux qu'à l'égard de sa famille adoptive et inversement. Voir Jean PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Montréal, P.U.M., 1983, p. 246, n° 308.

droits d'accès ou sur la garde, ils sont des tiers, des étrangers. N'est-ce pas là parfois inconvenant⁶⁸ ? La famille adoptive doit-elle s'attendre, en tout temps et peu importe la situation de l'enfant adopté, à ce que la famille d'origine n'intervienne pas, voire s'efface auprès de l'enfant, comme l'enseigne actuellement la jurisprudence⁶⁹ ? Est-ce dans l'intérêt de l'enfant ?

La *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*⁷⁰ n'apporte pas une réponse satisfaisante à ces enjeux. Pourtant, les scénarios éventuels sont réels. La décision rapportée en fait foi. Le notaire intéressé par le droit de l'adoption, domaine dans lequel il jouit d'une compétence particulière⁷¹, devrait prendre acte de cette réalité et agir comme un vecteur de changement, afin que les modifications législatives que le législateur entend mettre de l'avant soient véritablement adaptées aux nouvelles réalités familiales et conjugales.

Nous nous attarderons à présent à d'autres sujets susceptibles de toucher à la pratique notariale. La Cour d'appel du Québec a statué sur plusieurs litiges portant sur les mesures accessoires à la rupture en 2017. Parmi ces arrêts, nous en relevons deux qui concernent plus précisément le partage de la société d'acquêts des ex-époux.

2. Du régime matrimonial : partage de la société d'acquêts

Le droit des régimes matrimoniaux est un domaine dans lequel les notaires sont fréquemment appelés à agir, notamment parce que le contrat de mariage doit revêtir la forme notariée⁷². Dans un tel cadre, il est particulièrement intéressant de souligner les deux arrêts suivants. Le premier concerne la qualification d'un patri-

68. Sur la problématique de l'adoption intrafamiliale et sur la nécessité de remanier cette institution, voir Alain ROY, « L'adoption intrafamiliale : une institution à remanier en fonction des besoins identitaires de l'enfant », dans S.F.P.B.Q., vol. 273, *Développements récents en droit familial (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1.

69. Dans l'optique où la loi nouvelle prévoit explicitement, à l'article 32 (nouvel article 579 C.c.Q.), la possibilité de conclure une entente facilitant les communications ou les relations interpersonnelles entre l'enfant, ses parents adoptifs et la famille d'origine, il est désormais permis d'en douter.

70. Préc., note 2.

71. Art. 303(6) C.p.c.

72. Art. 440 C.c.Q.

moins d'affectation à titre de bien propre, alors que le second s'intéresse à l'annulation d'un acte de renonciation au partage des acquêts pour cause de lésion.

Droit de la famille – 173336, 2017 QCCA 281

Le pourvoi qui oppose les parties pose deux questions : la première est relative au terme imposé à la pension alimentaire de l'ex-épouse et la seconde a trait à la qualification d'un régime de part différée aux bénéficiaires (« RPDB ») à titre de bien propre pour les besoins du partage de la société d'acquêts entre les ex-époux. Nous nous intéressons ici uniquement à la seconde question en litige⁷³.

L'appelante conteste la qualification du RPDB à titre de bien propre, estimant que les articles 449 et 459 C.c.Q.⁷⁴ appuient sa prétention selon laquelle il s'agit d'un bien acquêt, le fardeau de prouver le contraire appartenant à l'intimé. La Cour rejette ce moyen d'appel. S'agissant d'un patrimoine d'affectation, et non de sommes faisant partie du patrimoine d'une des parties ou des parties, la Cour d'appel estime que le premier juge a eu raison de qualifier le RPDB de bien propre. La Cour s'appuie sur les motifs rendus dans un précédent arrêt, dans lequel elle devait déterminer si le RPDB faisait partie de la communauté de biens des époux. Elle écrit :

[17] Dans l'arrêt *Droit de la famille – 2285*, la Cour rappelle qu'un bien est inclus dans le lot formant la communauté de biens seulement s'il se trouve déjà dans le patrimoine des parties. Elle considère ensuite que, règle générale, un RPDB est un régime permettant à un employeur de verser des sommes dans une fiducie au bénéfice de ses employés. La Cour en vient à la conclusion que, étant donné que ces

73. En effet, nous analyserons certains arrêts de la Cour d'appel du Québec relatifs à l'obligation alimentaire entre ex-époux dans la dernière section de ce texte. Quant au présent arrêt, il ne fait que rappeler un principe bien établi en matière alimentaire, à savoir que l'imposition d'un terme à la pension alimentaire de l'ex-époux doit être exceptionnelle. La Cour d'appel casse ainsi le jugement *a quo*, qui avait imposé un tel terme, étant plutôt d'avis qu'un terme de révision à la pension alimentaire de l'ex-épouse est approprié, suivant en cela les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Leskun c. Leskun*, [2006] 1 R.C.S. 920.

74. Ces articles prévoient : « **449.** Les acquêts de chaque époux comprennent tous les biens non déclarés propres par la loi et notamment :
1° Le produit de son travail au cours du régime ;
2° Les fruits et revenus échus ou perçus au cours du régime, provenant de tous ses biens, propres ou acquêts. »
« **459.** Tout bien est présumé acquêt, tant entre les époux qu'à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'il est un propre. »

sommes sont dans un patrimoine d'affectation et non dans le patrimoine des parties, elles doivent être exclues de la communauté de biens :

Certes, l'acte constitutif pouvait-il autrefois et pourrait-il aujourd'hui faire au fiduciaire l'obligation de remettre, un jour, au bénéficiaire le ou les biens qu'il détient mais cela ne modifie pas le principe qu'entre-temps, le bénéficiaire n'a aucun droit réel et n'est titulaire que d'un droit personnel. Or, le partage de la communauté de biens réduite aux acquêts (qu'il ne faut pas confondre avec la société d'acquêts) se fait à partir de l'ensemble des biens communs existant à la date de dissolution de la communauté de biens ; en somme, pour constituer le patrimoine commun des époux, opération nécessaire et préalable à la composition des lots, il faut examiner le patrimoine de chaque époux pour y définir les biens ou droits réels qui s'y trouvent et qui ont la qualité de conquêts. Il découle nécessairement de tout cela que comme pendant la fiducie les biens détenus par le fiduciaire ne font pas partie du patrimoine du bénéficiaire, ils ne peuvent être un bien de la communauté de biens. En d'autres termes, l'absence d'un droit réel dans le patrimoine de l'époux commun en biens signifie le même manque dans le patrimoine commun des époux.

[18] De la même façon, il découle de ces déterminations de droit que les sommes accumulées dans un RPDB et versées dans une fiducie sont exclues du partage des acquêts puisqu'elles ne peuvent se qualifier de « biens » entrant dans le patrimoine des parties.

Cet arrêt rappelle que pour faire l'objet d'un partage aux fins du patrimoine familial ou de la société d'acquêts, un bien doit faire partie du patrimoine des époux. À première vue, cette interprétation paraît se justifier parfaitement en fonction de la lettre des articles pertinents du *Code civil du Québec*. On pourrait néanmoins tenter de remettre en question cette interprétation restrictive de la notion de « patrimoine » au titre du régime matrimonial des époux⁷⁵. En effet, le RPDB est un régime privé de retraite qui offre à l'employé un revenu différé à l'abri de l'impôt. Dans la mesure où les sommes portées par l'employeur au RPDB sont acquises à l'employé après un

75. En effet, quant au patrimoine familial, la Cour d'appel du Québec rappelle que la liste des régimes et des instruments d'épargne-retraite énumérés à l'article 415 C.c.Q. est limitative. En d'autres termes, les régimes et instruments qui n'y apparaissent pas spécifiquement, tels que le RPDB, ne font pas partie du patrimoine familial. Voir notamment *Droit de la famille – 09667*, 2009 QCCA 568, par. 79-91 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2009-09-10, 33172) ; *Droit de la famille – 17336*, 2017 QCCA 281, par. 16.

certain nombre d'années de participation⁷⁶, on pourrait considérer logique d'inclure, après ce délai, le RPDB dans les biens acquis des époux assujettis au régime de la société d'acquêts, et ce, en fonction de la preuve qui pourrait être soumise à l'attention du tribunal, dont le sommaire explicatif du régime. Or pour l'heure, le notaire appelé à conseiller des justiciables au sujet de leur régime matrimonial doit plutôt leur indiquer que la Cour d'appel considère de telles sommes comme étant exclues de la société d'acquêts des époux⁷⁷. Il pourrait donc être judicieux de recommander aux époux soucieux d'inclure ces sommes dans leurs biens acquis de prévoir une clause à ce sujet dans leur contrat de mariage⁷⁸.

Droit de la famille – 172645, 2017 QCCA 1775

Dans cette affaire, le pourvoi principal met en cause la renonciation par madame au partage des acquêts⁷⁹ alors que l'appel incident porte sur la modification conventionnelle du régime matrimonial des époux pendant le mariage.

En première instance, le tribunal conclut que le consentement de madame au changement conventionnel de régime matrimonial pendant le mariage n'a pas été vicié. Au contraire, la preuve révèle que les parties prennent la décision de changer de régime et de s'assujettir à la séparation de biens parce qu'une poursuite civile impliquant monsieur fait craindre pour la stabilité financière de la famille. À cette occasion, monsieur transférera d'ailleurs sa part indivise dans la résidence familiale à madame, qui en devient l'unique propriétaire. Le tribunal examine séparément la question de la renonciation par madame aux acquêts, s'agissant d'un acte distinct. À ce dernier sujet, le tribunal conclut que madame n'a pas été dûment informée de son droit de réclamer la moitié des acquêts

76. Selon Retraite Québec, ces sommes sont acquises après deux années de participation : <https://www.rmq.gouv.qc.ca/fr/m/retraite_planification/sources_revenus_retraite/regimes_privs_retraite/Pages/RPDB.aspx>.

77. L'appelante a soumis à l'attention du premier juge un jugement récent (*Droit de la famille – 16633, 2016 QCCS 1233*), qui paraît adopter la thèse contraire, à savoir que les sommes accumulées dans un RPDB sont des acquêts. Cette décision n'est pas suivie par le tribunal. Dans ses motifs, la Cour d'appel ne commente pas cette décision précise.

78. Art. 431 C.c.Q.

79. Deux autres moyens d'appel sont également l'objet du pourvoi en appel principal, à savoir l'attribution d'une pension alimentaire à l'ex-épouse, non assortie d'un terme, de même que l'attribution d'une provision pour frais. Nous ne discutons pas de ces moyens d'appel.

par le notaire instrumentant – cumulant un manque à gagner d'environ 205 000 \$ – et que le transfert de la propriété de la résidence familiale n'était pas pertinent puisqu'un tel bien fait partie du patrimoine familial. En conséquence, il conclut que le consentement à renonciation donné par madame était vicié par l'erreur et par la lésion. Le tribunal ordonne donc le partage des acquêts possédés par les parties au moment de la renonciation.

La Cour d'appel du Québec rejette le pourvoi relativement au moyen d'appel portant sur la renonciation au partage des acquêts. Elle reprend également le jugement *a quo* suivant lequel le transfert d'une somme d'environ 850 000 \$ par monsieur pouvait être imputé à la masse des acquêts même s'il avait été effectué tardivement, soit quatre mois après le changement conventionnel de régime, et ce, bien que la dissolution du régime matrimonial produise ses effets immédiatement aux termes de l'article 465, al. 1(2) C.c.Q.⁸⁰. La Cour estime par ailleurs que le tribunal n'a commis aucune erreur révisable :

[16] L'intimée a raison de dire que la dissolution du régime de la société d'acquêts produit ses effets immédiatement, comme le prévoit le paragraphe 465, al. 1(2) C.c.Q. Or, la juge retient néanmoins de la preuve que le transfert tardif de la somme de 851 194 \$ en mars 2008 est dû, comme lui a expliqué M. L., au fait qu'il était débordé durant cette période de turbulence. Elle impute donc cette somme dans la masse des acquêts à partager, conformément à l'article 481 C.c.Q. Son calcul l'amène à établir que la masse des acquêts de M. L. doit 205 131 \$ à celle des acquêts de M^{me} V.

[...]

[19] Sur le fond, les arguments soulevés sont au mieux une question mixte de droit et de fait qui requiert la démonstration d'une erreur révisable, ce que l'appelant ne réussit pas à faire. En effet, compte tenu de la preuve et des lacunes concernant les informations essentielles à la décision de renoncer à des acquêts importants, la juge pouvait conclure comme elle l'a fait.

80. Cet article prévoit : « **465.** Le régime de la société d'acquêts se dissout :

1° Par le décès de l'un des époux ;

2° Par le changement conventionnel de régime pendant le mariage ;

3° Par le jugement qui prononce le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ;

4° Par l'absence de l'un des époux dans les cas prévus par la loi ;

5° Par la nullité du mariage si celui-ci produit néanmoins des effets.

Les effets de la dissolution se produisent immédiatement, sauf dans les cas des 3° et 5°, où ils remontent, entre les époux, au jour de la demande. »

Quant à l'appel incident, la Cour d'appel estime que le tribunal a eu raison de distinguer entre l'acte de renonciation aux acquêts et la modification conventionnelle de régime, seule la renonciation aux acquêts ayant été viciée :

[32] Encore une fois, le point litigieux est une question factuelle qui impose la déférence envers la décision du juge de première instance.

[33] D'abord, la juge a eu raison de distinguer l'acte de renonciation aux acquêts et l'acte de modification du régime matrimonial. La première renonciation repose sur l'absence d'information. M^{me} V soutenant qu'elle n'a pas su à quoi elle renonçait, aucun inventaire n'ayant été dressé, et qu'elle n'a pas été informée de son droit à la moitié des acquêts. Cependant, la preuve est autre pour la modification du régime matrimonial alors que le conseiller juridique témoigne qu'il lui a expliqué l'impact du changement. M^{me} V ne démontre pas l'erreur de la juge qui conclut à un consentement valide.

Cet arrêt rappelle le rôle de premier plan que le notaire est appelé à jouer en matière de modification conventionnelle du régime matrimonial des époux et de renonciation au partage des acquêts. C'est avec justesse que la Cour d'appel souligne la nécessité de distinguer entre l'acte de renonciation et l'acte de modification. Aussi, le notaire devra s'acquitter de son devoir de conseil⁸¹ à l'égard des deux actes, sans présumer que le conseil donné quant à la modification conventionnelle de régime vaut automatiquement conseil quant à la renonciation aux acquêts.

Par ailleurs, d'aucuns savent que la renonciation aux acquêts peut être annulée pour cause de vice de consentement, y compris la lésion⁸². Il s'agit là d'un des rares cas où le droit québécois admet la lésion entre majeurs. Aussi, même si le notaire exerce correctement son devoir de conseil en informant dûment les époux des tenants et aboutissants d'une renonciation aux acquêts, l'acte de renonciation pourrait quand même être annulé pour cause de lésion, c'est-à-dire quand la renonciation entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties. En effet, selon l'article 1406 C.c.Q., « la lésion résulte de exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présu-

81. *Loi sur le notariat*, préc., note 10, art. 11.

82. En effet, selon l'article 472 C.c.Q., « l'acceptation ou la renonciation est irrévocable. Toutefois, la renonciation peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats ».

mer l'exploitation ». Partant, puisque le notaire exerce un contrôle sur le contenu de l'acte instrumenté, il serait sage de refuser la réception d'un acte de renonciation au partage des acquêts lorsqu'il constate qu'il en découlera une disproportion importante entre les prestations des parties, compte tenu des circonstances en cause. Enfin, au sujet du transfert de sommes à imputer aux acquêts, il serait judicieux de conseiller aux époux de procéder très rapidement après le changement conventionnel de régime. En effet, la Cour d'appel du Québec ne tranche pas clairement ce point, se contentant de rappeler les motifs du tribunal et de conclure qu'il n'existe aucune erreur révisable à ce chapitre. Or, suivant la décision de première instance, on comprend que le transfert de sommes à imputer aux acquêts, fait tardivement, aurait pu s'avérer problématique. Mieux vaudra donc ici pécher par excès de prudence et procéder avec célérité en cas d'acceptation du partage des acquêts en contexte de modification conventionnelle du régime matrimonial.

* * *

Les sujets sont vastes en droit de la famille, notamment en matière de mesures accessoires à la rupture. Le droit des régimes matrimoniaux est certes un domaine dans lequel le notaire a traditionnellement été appelé à œuvrer. Or, les questions relatives à la garde et aux droits d'accès sont aussi des notions auxquelles le notaire est confronté. Dans la prochaine section, nous avons donc choisi de nous attarder à ces questions.

3. De la garde et des droits d'accès

Les tribunaux, dont la Cour d'appel du Québec⁸³, ont rendu plusieurs décisions importantes en matière de garde d'enfants et de droits d'accès au cours de l'année 2017. Compte tenu de la nouvelle compétence conférée au notaire⁸⁴, qui lui permet d'agir devant les tribunaux pour représenter des clients dans des dossiers de nature

83. En plus des décisions faisant l'objet de la présente revue, le lecteur pourra aussi notamment consulter les arrêts suivants : *Droit de la famille - 172050*, 2017 QCCA 1325 ; *Droit de la famille - 171601*, 2017 QCCA 1061 ; *Droit de la famille - 17679*, 2017 QCCA 599 et *Droit de la famille - 171821*, 2017 QCCA 1141.

84. Art. 303(7) C.p.c. Voir aussi art. 86 C.p.c. et art. 15(7) de la *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3. L'article 303(7) C.p.c. fait présentement l'objet d'une contestation judiciaire devant la Cour supérieure du Québec au motif d'inconstitutionnalité. Voir *Bonin c. Procureure générale du Québec et al.* (en délibéré, C.S. Montréal, n° 500-17-097463-171, 28 novembre 2017).

non contentieuse qui concernent la demande conjointe sur projet d'accord réglant les conséquences de la séparation de corps, du divorce ou de la dissolution de l'union civile des conjoints – dans le cadre desquels peuvent se greffer des questions de garde et de droits d'accès –, il est d'autant opportun d'examiner ces décisions. Nous en avons donc sélectionné trois, chacune se déployant dans un contexte bien particulier : le cas du parent gardien ayant d'importantes limitations fonctionnelles ; l'ordonnance de garde en contexte de déménagement éloigné d'un des parents et les droits du père de remplacement comme troisième figure parentale.

Droit de la famille – 172606, 2017 QCCA 1708

Dans cette affaire, le premier juge confie la garde exclusive des deux jeunes enfants au père, la mère se voyant accorder des droits d'accès élargis. Cette dernière se pourvoit, étant d'avis que le premier juge a été partial. En outre, puisque le père souffre de sclérose en plaques et a d'importantes limitations fonctionnelles, la mère suggère qu'en confiant la garde exclusive des enfants au père, le tribunal l'aurait indirectement confiée à la grand-mère paternelle, qui vit à proximité.

La Cour d'appel rejette l'allégation de partialité. Quant à la garde des enfants, elle rappelle la grande déférence dont elle doit faire preuve à l'égard du juge des faits⁸⁵. Le tribunal a tenu compte de l'ensemble des faits pertinents pour rendre sa décision, dont l'état de santé du père⁸⁶ et le meilleur intérêt des enfants⁸⁷. La Cour indique que le fait que la mère ait d'abord consenti à une garde partagée suppose qu'elle reconnaît que le père a de bonnes capacités parentales. En outre, la décision du tribunal maximise les contacts entre les enfants et chacun de leurs parents. Enfin, la Cour exclut

85. Voir *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014.

86. À ce sujet, le tribunal apprécie l'ensemble de la preuve et tient compte de plusieurs éléments précis sur la santé du père, dont le fait qu'il se déplace en déambulateur, qu'il est rapidement épuisé par un effort physique, que les barrières physiques sont nombreuses pour ses déplacements à l'extérieur, que la grand-mère paternelle lui apporte quotidiennement une aide dont il ne pourrait se passer, etc. Voir *Droit de la famille – 172606, 2017 QCCA 1708*, par. 29.

87. Par exemple, la garderie et l'école sont situées près du domicile du père, l'aînée utilise le transport scolaire, les enfants ont toujours connu leur père avec sa maladie et ses limitations, le milieu naturel des enfants est le domicile du père, les bonnes relations qu'entretient le père avec la grand-mère maternelle et la sœur de la mère, la proximité des grands-parents paternels, la capacité de communiquer des parties, etc. Voir *ibid.*, par. 30.

totale­ment la pré­ten­tion vou­lant que le tri­bu­nal ait in­di­rec­te­ment confié la garde ex­clu­sive des en­fants à la grand-mère pa­ter­nelle. Cer­tes, le père bé­né­fi­cie-t-il d'une aide de la grand-mère pa­ter­nelle, mais un tel cas de figure n'est pas rare en pré­sen­ce de jeunes en­fants. Bien qu'il s'agisse d'un fac­teur à con­si­dé­rer, il ne conduit cer­tainement pas au­to­ma­ti­que­ment à la con­clu­sion que le parent en ques­tion est inapte à s'oc­cu­per de ses en­fants. Nous re­pro­dui­sons les motifs de la Cour :

[32] D'ail­leurs, l'ap­pe­lante a re­con­nu que l'in­ti­mé pos­sède les ca­pacités pa­ren­tales re­qui­ses lorsqu'elle a vo­lon­tairement ac­cep­té qu'une garde par­tagée soit mise en place en jan­vier 2016. La Cour a ré­cem­ment con­firmé l'à-pro­pos de ce prin­cipe et affirmé qu'une garde par­tagée con­venue con­ven­tion­nel­lement im­plique que les pa­rents re­con­naissent, à tout le moins im­pli­ci­te­ment, leur ca­pacité pa­ren­ta­le mu­tu­elle, à moins évi­dem­ment qu'un chan­ge­ment sig­ni­fi­ca­tif ne soit sur­venu depuis.

[33] La so­lu­tion que le juge re­tient per­met aussi de ma­xi­miser les con­tacts des en­fants avec les deux pa­rents et l'im­pli­ca­tion de l'in­ti­mé dans leur vie. Il sou­ligne, avec raison, que des « ac­cès de fin de se­maine pour des ac­ti­vités spor­ti­ves ou cul­turelles au­raient une por­tée li­mitée pour [l'in­ti­mé], au con­traire de la pé­ri­ode sco­laire où il peut plei­ne­ment s'in­ves­tir », no­ta­ment en les su­per­vi­san­te et en les aidan­te dans leurs tâches sco­la­ires (qui vien­dront sous peu dans le cas de la ca­dette).

[34] C'est d'ail­leurs ce qui le mo­ti­ve à oc­tro­yer une garde par­tagée durant l'é­té et à oc­tro­yer à l'ap­pe­lante des droits d'ac­cès deux fins de se­maine sur trois au cours de l'année sco­laire. Ces con­tacts n'au­raient pas été ma­xi­misés si la garde avait plu­tôt été confiée à l'ap­pe­lante puis­que le con­tact des en­fants avec l'in­ti­mé durant les fins de se­maine au­rait été mi­ni­mal et li­mité vu ses li­mita­tions phy­si­ques.

[35] Il ne com­met au­cune erreur de droit dans son ana­lyse et son ap­pré­cia­tion de la si­tu­a­tion est ra­ison­nable. Les fac­teurs énu­mé­rés à l'ar­ti­cle 33 C.c.Q. ne doi­vent pas être ap­pré­ciés iso­lé­ment, mais globa­lement et il n'y a pas lieu de pri­vilé­gier un seul fac­teur au dé­tri­ment de tous les autres. C'est ce qu'il a fait.

[36] Le fait que l'aide de la grand-mère pa­ter­nelle soit né­ces­saire ne fait pas en sorte que la garde lui est confiée, con­trairement à ce que sou­tient l'ap­pe­lante. Il n'est pas rare qu'un pa­rent ait re­cours à une aide quel­con­que, par­ti­cu­liè­re­ment lorsque les en­fants sont jeunes. Il s'agit là d'un fac­teur qui peut être pris en compte, mais qui ne rend pas ce pa­rent *ipso facto* inapte à as­sumer la garde des en­fants. Tout est fonc­tion des cir­con­stances, qu'il re­vient au juge d'in­stance d'ap­pré­cier.

Cet arrêt nous rappelle que les décisions sur garde d'enfants doivent toujours tenir compte de l'intérêt de l'enfant, qui fait figure de véritable paradigme en cette matière. L'arrêt met également en évidence qu'une multitude de facteurs doivent être analysés pour déterminer *in concreto* ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, dont « ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation »⁸⁸. Aussi, d'aucuns doivent éviter de juger une situation sur des *a priori* ou des préjugés qui ne sont pas nécessairement fondés. L'arrêt examiné ici en offre une bonne illustration : le parent aux prises avec une maladie grave et incurable conserve ses capacités parentales et le tribunal peut, en tenant compte de toutes les circonstances, choisir de lui confier la garde exclusive des enfants s'il en va de leur intérêt. En outre, qu'un parent bénéficie de l'aide d'un tiers, ici la grand-mère paternelle, ne fait pas automatiquement échec à la demande de garde exclusive. Le fait que l'aide du tiers soit nécessaire n'emporte d'ailleurs pas la conclusion que la garde des enfants soit ainsi indirectement confiée à ce tiers. Le notaire aura avantage à garder en tête l'ensemble de ces principes au moment de rédiger, voire de présenter au tribunal le projet d'accord réglant les conséquences du divorce de clients qui devront en outre s'entendre sur les droits d'accès ou sur la garde de leurs enfants⁸⁹.

Droit de la famille – 172102, 2017 QCCA 1367

Ce pourvoi met en cause la question de l'attribution de la garde d'un enfant dans un contexte de déménagement à l'étranger de l'un

88. C'est ce que prévoit expressément l'article 33 C.c.Q.

89. Il faut ici rappeler qu'en l'espèce, les parties étaient d'ex-conjoints de fait. Or, l'article 303(7) C.p.c. ne confère au notaire que la compétence d'agir devant les tribunaux pour y représenter des clients dans des dossiers de nature non contentieuse qui concernent la demande conjointe sur projet d'accord réglant les conséquences de la séparation de corps, du divorce ou de la dissolution de l'union civile des conjoints. Il s'agit sans doute là d'une rédaction malheureuse de l'article 303(7) C.p.c., quoique le Barreau du Québec se soit farouchement opposé à l'attribution d'une telle compétence aux notaires. Aussi, si les parties sont d'ex-conjoints de fait et qu'elles doivent s'entendre sur les conséquences de leur séparation relativement à des questions de garde ou de droits d'accès, le notaire ne pourrait vraisemblablement pas les représenter devant le tribunal compte tenu du libellé de l'actuel article 303(7) C.p.c. Le notaire pourra toutefois donner un avis juridique aux ex-conjoints de fait et rédiger leur projet d'accord, lequel devra être présenté au tribunal par un avocat ou par les parties agissant pour elles-mêmes. Au sujet de la compétence du notaire en matière de rédaction d'un projet d'accord, voir *Barreau du Québec c. Chambre des notaires du Québec*, [1992] R.J.Q. 1054 (C.S.).

des parents⁹⁰. Plus spécialement, la Cour d'appel du Québec doit déterminer si le tribunal de première instance a erré en confiant aux parties une garde partagée de l'enfant, lors même que la mère avait signifié son intention de retourner vivre en France, son pays natal.

Dans un arrêt unanime rendu sous la plume de la juge Hogue, la Cour d'appel du Québec accueille l'appel. Elle estime devoir trancher le pourvoi à la lumière des enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*⁹¹. Suivant cet arrêt, il est très clairement établi que la décision d'un parent de déménager à l'étranger doit être respectée en l'absence « d'un motif injustifié qui nuit à sa capacité d'agir à titre de parent »⁹². Aussi, la Cour d'appel précise que ce principe doit s'appliquer même dans une situation où la demande de garde est formulée en application du *Code civil du Québec*, dans un contexte où les parents sont d'ex-conjoints de fait⁹³. Par ailleurs, si à la première étape de l'analyse, le tribunal conclut que le déménagement du parent n'est pas motivé par la mauvaise foi ou par un motif injustifié, il doit passer à la seconde étape de l'analyse, soit se demander à qui confier la garde compte tenu de l'intérêt de l'enfant, étant entendu qu'une garde partagée peut ne plus être possible. La juge Hogue écrit :

[61] Or, le monde a changé et la mobilité y occupe une place très importante. Généralement, tant les femmes que les hommes ont des aspirations personnelles et professionnelles, qui s'ajoutent à leurs aspirations familiales, que les tribunaux ne doivent pas freiner indûment en l'absence de mauvaise foi. L'imposition d'une garde partagée, qui entraîne l'obligation de demeurer dans un endroit donné malgré le désir exprimé de s'établir ailleurs, constitue un obstacle important à la réalisation de celles-ci. Quoique l'intérêt de l'enfant soit l'élément central à considérer pour décider de sa garde, cet intérêt doit être analysé en fonction du principe qu'on ne peut restreindre indûment la mobilité du parent gardien qui agit de bonne foi. Si l'enfant a avantage à maintenir un contact important et fréquent avec ses deux parents,

90. *Stricto sensu*, le tribunal n'avait pas ici à trancher une demande de modification de l'ordonnance de garde, s'agissant d'une première demande sur le sujet. Il faut toutefois noter que la mère exerçait *de facto* une garde exclusive, les parties s'étant au départ entendues à ce sujet, de même que sur les accès du père. Des ordonnances intérimaires ont également été rendues pendant l'instance.

91. [1996] 2 R.C.S. 27.

92. *Droit de la famille – 172102*, 2017 QCCA 1367, par. 48 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S. Can., 2017-12-21, 37731).

93. En effet, dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, préc., note 91, la demande était plutôt formulée en application de la *Loi sur le divorce*. Voir *Droit de la famille – 172102*, préc., note 92, par. 50.

lorsque cela s'avère impossible la Cour doit trancher en fonction de l'intérêt de l'enfant, analysé dans le cadre de la réalité propre à la famille à laquelle il appartient. Il est reconnu que la garde partagée n'est pas possible lorsque les parents habitent à une grande distance l'un de l'autre. La Cour l'a récemment réaffirmé dans *Droit de la famille – 171821* :

[28] En l'espèce, l'ordonnance modifiant les modalités de garde a été rendue nécessaire par suite du déménagement soudain de l'intimée et non, comme la juge l'indique, par le début de la scolarité de l'enfant. Lorsque les parents demeuraient à proximité l'un de l'autre, la fréquentation de l'école n'était pas un obstacle à la garde partagée. Il demeure qu'un changement important est survenu, provoqué par la décision non annoncée de l'intimée. L'éloignement du lieu de résidence des parents, causé par le déménagement de l'intimée, combiné au fait que l'enfant fréquente l'école, rend non praticable la garde partagée.

[...]

[30] La conduite de l'intimée n'est donc pas en soi un motif en l'espèce pour écarter sa demande du revers de la main. Son projet de déménagement s'explique. Elle veut refaire sa vie avec un nouveau conjoint qui réside à Ville B et retrouver un emploi.

[31] Une fois franchie la première étape de la démarche préconisée dans *Gordon*, la garde partagée de l'enfant, qui prévalait jusque-là, devenait tout simplement impossible, étant donné la distance entre les domiciles des parents.

[32] Si, comme en l'espèce, la démonstration d'un changement important est faite, alors il y a lieu d'entamer l'analyse de la deuxième étape.

[62] C'est aussi la façon dont elle aborde la question dans l'affaire *Droit de la famille – 091332* :

[39] Il faut préciser que le juge de première instance ne peut pas interdire à l'appelante de déménager en France si celle-ci persiste dans sa décision. La seule alternative qui s'offre alors est de confier la garde des enfants à l'intimé. [...] Or, il est acquis au débat que l'intimé n'est pas le mieux placé pour exercer la garde des enfants.

[40] Il ressort de cet exercice que l'objectif poursuivi par le juge de première instance, soit la maximisation des contacts avec l'intimé, serait atteint, mais à un prix inacceptable. En effet, ici, la garde des enfants serait confiée à l'intimé, ce qui n'est pas dans

leur intérêt. De plus, la réduction des contacts avec ce dernier serait alors reportée sur l'appelante. [Soulignement ajouté ; renvois omis]

En l'espèce, il existe un changement dans la situation de l'enfant puisque la mère désire retourner vivre en France, son pays natal. En outre, la décision de la mère n'est pas motivée par la mauvaise foi ni ne repose sur un motif injustifié. Dans un tel contexte, le tribunal de première instance ne pouvait disposer du recours en évitant de trancher la question de la garde exclusive de l'enfant et ordonner plutôt une garde partagée, qui forcerait en fait la mère de rester au Québec. En effet, une garde partagée n'est plus possible dans un contexte où les parents vivront bientôt sur deux continents différents. Le tribunal devait donc tenir ce déménagement pour acquis et alors se demander à qui confier la garde à la lumière de l'intérêt de l'enfant⁹⁴. Aussi, la Cour d'appel conclut que la mère devra conserver la garde exclusive de l'enfant, celui-ci étant encore très jeune et la mère étant sa figure parentale dominante. Elle accorde par ailleurs des droits d'accès au père.

Cet arrêt souligne le fait qu'en contexte de mondialisation, les parents séparés d'un enfant peuvent légitimement vouloir déménager ou se trouver un emploi dans un endroit qui soit éloigné du milieu dans lequel l'enfant évolue au départ. Aussi, dans un tel cas, il ne sera pas possible d'entraver indûment la mobilité du parent qui agit de bonne foi. Il ne s'agira plus de déterminer si ce parent a fait suffisamment d'efforts pour s'implanter dans le milieu dans lequel l'enfant se trouve. Au contraire, la question de la garde de l'enfant devra alors être examinée compte tenu de ce contexte particulier – qui s'oppose généralement à l'attribution d'une garde partagée – et à la lumière du principe de l'intérêt de l'enfant.

Il faut également noter que la Cour d'appel applique ici les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*⁹⁵ même si, *stricto sensu*, elle ne devait pas trancher une demande de modification de l'ordonnance de garde, s'agissant plutôt d'une première demande de garde⁹⁶. Il semble que cette analyse

94. Voir plus spécialement les motifs suivants de la Cour, y compris l'énumération des éléments devant être examinés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant : *Droit de la famille – 172102*, préc., note 92, par. 63-69.

95. Préc., note 91.

96. En effet, dans *Gordon c. Goertz*, la Cour suprême devait trancher un litige portant sur une demande de modification d'une ordonnance de garde. Ce n'est pas (à suivre...)

soit celle qui doit prévaloir. En effet, le père a présenté une requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême⁹⁷, de même que la Cour d'appel avait accepté de suspendre provisoirement son arrêt⁹⁸, compte tenu des motifs invoqués par le père, qui souhaitait demander une mise à jour des principes énoncés dans l'arrêt *Goertz*, considérant le jeune âge de l'enfant, le motif du déménagement et les développements sociétaux depuis ledit arrêt. La Cour suprême a toutefois refusé d'autoriser le pourvoi le 21 décembre dernier. Il faut donc considérer que la grille d'analyse élaborée dans l'affaire *Goertz* est toujours d'actualité, que ce soit dans le cadre d'une ordonnance de changement de garde ou d'une ordonnance initiale de garde, et ce, tant à l'égard de demandes formulées aux termes du *Code civil du Québec* que suivant la *Loi sur le divorce*. Le notaire appelé à conseiller des parties en matière de garde d'enfant dans un contexte où l'une d'entre elles souhaite déménager à l'étranger ou dans un endroit éloigné devra donc tenir compte de l'ensemble de ces principes. Il sera également sage de rappeler aux parties qu'une entente négociée – entérinée par le tribunal – vaut toujours mieux qu'une décision imposée.

Droit de la famille – 17395, 2017 QCCS 785

Dans cette affaire, le tribunal doit trancher une question de garde d'enfant. Alors que monsieur (le père) demande l'instauration d'une garde partagée, madame (la mère) requiert le maintien d'une garde exclusive établie *de facto*. L'importance de cette décision ne découle pas tant de cette dispute entre les parties que du fait qu'il existe une troisième figure parentale d'importance en cause, M.P., l'ex-beau-père de l'enfant, qui au moment du procès bénéficiait de droits d'accès plus importants que monsieur.

Le portrait de famille est ici fort singulier⁹⁹. Il illustre de façon éloquente l'attachement qui peut se développer entre un enfant et son beau-parent. Qu'il suffise de dire que peu de temps après la naissance de l'enfant, madame et monsieur se séparent. L'enfant vit

(...suite)

le cas en l'espèce, s'agissant d'une demande initiale de garde. Cela dit, nous rappelons qu'en l'espèce, la mère exerçait déjà *de facto* une garde exclusive de l'enfant.

97. Préc., note 92.

98. *Droit de la famille – 172063*, 2017 QCCA 1338.

99. Le lecteur pourra lire le résumé du tribunal à ce sujet : *Droit de la famille – 17395*, 2017 QCCS 785, par. 2-24.

alors, pendant les cinq premières années de sa vie, avec madame et M.P.¹⁰⁰. Ce dernier agit comme père de remplacement (*in loco parentis*) auprès de l'enfant¹⁰¹. Monsieur exerce quant à lui des droits d'accès une fin de semaine sur deux auprès de l'enfant.

À la suite de leur rupture, madame et M.P. conviennent d'exercer une garde partagée de l'enfant, à raison de quatre jours sur 14 pour M.P. Il est à noter que M.P. est également le père du demi-frère de l'enfant. Pour leur part, les droits d'accès de monsieur auprès de l'enfant sont quelque peu élargis. En 2016, à la suite d'une nouvelle rupture de madame et de l'entrée en scène d'un nouveau conjoint, monsieur présente sa demande. Les questions en litige concernent l'opportunité d'établir une garde partagée entre monsieur et madame à la lumière de l'intérêt de l'enfant, de même que des droits d'accès à accorder à M.P. Seule cette dernière question nous importe aux fins de notre revue.

Après avoir décidé qu'une garde partagée de l'enfant n'était pas indiquée, le tribunal accorde la garde exclusive à madame et des droits d'accès à raison de deux jours sur 14 à monsieur, en plus de certains accès élargis. Le tribunal aborde ensuite la question des droits d'accès de M.P., ex-beau-père de l'enfant. Il convient de souli-

100. On ne sait pas si madame et M.P. étaient mariés ou vivaient en union de fait. Les motifs du jugement ne sont pas limpides à ce sujet.

101. Comme nous le rappelions dans notre revue annuelle 2016, le parent *in loco parentis* est celui qui tient lieu de parent envers l'enfant de son conjoint. Il est défini à l'article 2(2) de la *Loi sur le divorce*, c'est-à-dire dans un cadre où il y a un mariage entre lui et le parent de l'enfant. En d'autres termes, afin de se voir imposer une obligation alimentaire envers l'enfant de son conjoint, voire de bénéficier de droits d'accès ou de la garde de cet enfant, le parent *in loco parentis* doit être l'ex-époux du parent de l'enfant. Notons en outre que dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242, la Cour suprême du Canada établit un certain nombre de balises permettant de déterminer si l'ex-conjoint agit bel et bien *in loco parentis*. En ce sens, il faudra plus que des gestes d'affection et d'intérêt, l'ex-conjoint devant s'être comporté comme un véritable parent de remplacement pour l'enfant. Il importe enfin de souligner que la notion *in loco parentis* n'existe, *stricto sensu*, que dans le droit privé fédéral, le *Code civil du Québec* n'en faisant pas mention. Dans l'arrêt *Droit de la famille - 072895*, 2007 QCCA 1640, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Dalphond, laisse toutefois entendre, dans un *obiter dictum*, que la notion pourrait également s'appliquer au parent *in loco parentis* en union de fait. De même, dans l'arrêt *Droit de la famille - 102247*, 2010 QCCA 1561, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Vézina, adopte une perspective similaire, accueillant la demande de garde partagée de l'enfant présentée par la conjointe de la mère de l'enfant, auprès de qui l'enfant évolue depuis sa naissance. Pour ce faire, la Cour se réfère entre autres à la notion *in loco parentis*.

gner que M.P. n'est pas partie à l'instance et n'est pas intervenu au dossier pour demander des droits d'accès¹⁰².

Le tribunal souligne que monsieur reconnaît l'importance de M.P. dans la vie de l'enfant, laquelle a visiblement noué des liens d'attachement forts avec lui. Rien ne justifie de rompre ces liens, quoiqu'il faille, de façon prudente, diminuer les droits d'accès de M.P. Le tribunal ne retient pas l'analyse de l'expert, qui recommandait que des droits d'accès soient accordés à M.P. à raison d'une fin de semaine sur trois. En effet, une telle organisation du temps de garde ne tient pas assez compte des relations entre l'enfant et sa fratrie. Aussi, comme M.P. ne demande pas formellement de droits d'accès, le tribunal estime que c'est sur le temps de garde de madame que les accès de M.P. devront être exercés, à raison de deux jours sur 21. Le tribunal n'exclut pas explicitement d'accorder formellement à M.P. des droits d'accès dans une demande ultérieure :

[61] C'est Madame qui a introduit M. P... dans la vie de l'enfant. Pour le moment, vu l'absence de demande de la part de M. P..., c'est par Madame que doivent passer les accès de M. P....

[62] Il est clair que l'expert recommande la diminution de ceux-ci de façon à favoriser l'émergence d'un seul style de règles, de style de parentalité pour l'enfant tendant à favoriser sa stabilité et son ancrage.

[63] Le Tribunal conclut donc que Madame devra réduire les accès de M. P... à 2 jours sur 21 si elle entend suivre la recommandation de l'expert. Elle pourra choisir ses fins de semaine pour ce faire ou utiliser certains congés pédagogiques de l'enfant et la période des vacances scolaires. Le Tribunal n'en dictera pas les modalités précises ici, n'ayant pas entendu M. P... d'une part et celui-ci arrivant généralement à prendre entente avec Madame sans trop de difficultés. Madame pourra choisir de compenser la réduction des journées d'accès en semaine, par des journées les fins de semaine, lors de congés pédagogiques ou scolaires ou encore par un souper une fois de temps à autre la semaine, les styles de parentalité étant généralement plus souples dans ces périodes et permettant ainsi d'atteindre l'objectif de l'expert de ne pas soumettre l'enfant à trop de styles de parentalité différents.

Cette décision doit être notée puisqu'elle met en cause une réalité susceptible de se présenter de plus en plus souvent devant les

102. Il a toutefois rencontré l'expert et a pris connaissance de ses recommandations. Voir *Droit de la famille – 17395*, préc., note 99, par. 21 et 55.

tribunaux québécois compte tenu des nouvelles réalités conjugales et familiales, à savoir celle des familles recomposées. Cette décision est d'autant plus singulière que tant le père que le père de remplacement sont présents et bénéficieront d'accès auprès de l'enfant. Or, à notre connaissance, les scénarios rencontrés en jurisprudence mettent plus souvent en cause des situations où le parent biologique est absent de la vie de l'enfant, laissant alors la place à un « nouveau » parent, celui qui agit *in loco parentis*. Aussi, plus rares sont les contextes où, comme dans celui-ci, l'enfant cumule un véritable « troisième parent » en la personne du parent de remplacement, lequel est susceptible d'exercer des droits d'accès en plus des deux autres parents. Rien n'empêche toutefois, juridiquement, l'existence d'un tel scénario, la Cour suprême du Canada ayant elle-même reconnu, dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*¹⁰³, que l'existence d'une relation entre l'enfant et son parent biologique n'est qu'un facteur parmi d'autres à considérer pour établir l'existence d'une relation *in loco parentis* entre l'enfant et son beau-parent.

Néanmoins, ce jugement nous laisse perplexe à d'autres égards. On sent en effet un certain malaise du tribunal à trancher, peut-être parce que la notion *in loco parentis* appartient au droit fédéral privé, n'ayant pas d'équivalent dans le droit privé québécois¹⁰⁴. Nous faut-il d'ailleurs souligner que le tribunal est muet quant à la situation matrimoniale de madame et M.P., dont on ne sait pas s'ils étaient mariés ou s'ils vivaient en union de fait ? Quoi qu'il en soit, il faut savoir que la Cour d'appel du Québec a laissé poindre une certaine ouverture à ce que la notion *in loco parentis* puisse s'appliquer en droit privé québécois, c'est-à-dire lorsqu'une demande d'aliments ou de garde est formée en application du *Code civil du Québec* plutôt que suivant la *Loi sur le divorce*¹⁰⁵. Enfin, signalons que le dispositif du jugement est lui aussi fort curieux et démontre de nouveau un certain malaise : il n'accorde pas formellement de droits d'accès au père *in loco parentis*, prenant plutôt acte de l'engagement de madame à respecter la recommandation de l'expert voulant que celui-ci ne puisse bénéficier de plus de deux jours d'accès sur 21 auprès de l'enfant¹⁰⁶.

103. Préc., note 101, par. 39-42.

104. Voir *supra*, note 101.

105. Préc., note 4.

106. Préc., note 99, par. 73. Cela dit, il faut noter que puisque M.P. n'était pas formellement partie aux procédures, il était difficile pour le juge de trancher autrement.

Cet arrêt illustre la difficulté qui entoure l'encadrement des obligations du parent *in loco parentis* dans le corpus jurisprudentiel québécois. Étant donné que les recompositions familiales sont de plus en plus fréquentes, il est à souhaiter que le législateur se saisisse le plus rapidement possible de cette délicate question afin d'offrir des balises claires qui permettront aux tribunaux, notamment pour les demandes formulées en application du *Code civil du Québec*, de solutionner les litiges de manière satisfaisante pour l'ensemble des parties impliquées, dont au premier titre l'enfant¹⁰⁷. Souhaitons également que l'état du droit québécois sera plus largement réformé quant à la question des droits des beaux-parents, qui demeure à ce jour en bonne partie irrésolue¹⁰⁸. De tels éclaircissements auraient le mérite de permettre aux juristes, dont les notaires, de conseiller plus judicieusement les clients qui requièrent une opinion à ce sujet.

Quoi qu'il en soit, qui dit garde ou droits d'accès dit généralement, en corollaire, droit aux aliments. C'est le dernier thème auquel s'attachent nos développements. Nous examinerons dans un premier temps les aliments dus à l'enfant pour ensuite nous attarder à l'obligation alimentaire entre ex-époux.

4. Des aliments

À l'instar des jugements sur garde ou droits d'accès, les décisions des tribunaux en matière d'aliments ont été, elles aussi, fort nombreuses en cours d'année. Parmi ces décisions, on compte quatre arrêts de la Cour d'appel du Québec et un jugement de la

107. À ce chapitre, le Rapport Roy contient plusieurs pistes de solution qu'il importe d'étudier, dont notamment la reconnaissance d'une obligation alimentaire du parent *in loco parentis*, sans égard au statut conjugal qui le lie au parent de l'enfant, de même que l'attribution de l'autorité parentale au parent *in loco parentis* qui exerce la garde de l'enfant. Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 307-322.

108. Sous réserve des dispositions sur la « tutelle supplétive », prévues aux nouveaux articles 199.1 à 199.9 C.c.Q. et introduites par la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2. En effet, le beau-parent pourrait désormais prétendre au partage de l'autorité parentale et de la tutelle légale avec son conjoint, parent de l'enfant, en certaines circonstances précises. Ainsi, dans la mesure où notamment, l'autre parent est décédé ou n'exerce pas pleinement ses charges de tuteur légal et de titulaire de l'autorité parentale, le beau-parent pourrait éventuellement se voir attribuer ces charges par décision du tribunal, conjointement avec son conjoint, parent de l'enfant.

Cour supérieure qui méritent une attention particulière. Ils ont été l'occasion de rappeler ou de clarifier l'état du droit québécois en matière d'obligation alimentaire. Alors que trois d'entre eux s'intéressent aux aliments dus aux enfants, les deux derniers portent sur l'obligation alimentaire entre ex-époux. Le notaire appelé à conseiller des parties sur de tels sujets, par exemple dans le cadre d'une médiation familiale ou de la préparation d'un projet d'accord, aura évidemment avantage à connaître la *ratio decidendi* de ces jugements. En outre, dans un contexte où le notaire a acquis la compétence d'agir devant les tribunaux pour représenter des clients dans des dossiers de nature non contentieuse qui concernent la demande conjointe sur projet d'accord réglant les conséquences de la séparation de corps, du divorce ou de la dissolution de l'union civile des conjoints¹⁰⁹ – lesquels mettent souvent en cause le droit aux aliments –, la connaissance de ces arrêts semble indispensable.

4.1 Des aliments dus aux enfants

Dans les arrêts *Droit de la famille – 172619*¹¹⁰ et *Droit de la famille – 17397*¹¹¹, la Cour d'appel du Québec tranche des questions portant sur la notion de « revenu disponible »¹¹² afin de déterminer le montant de la contribution parentale de base, et en conséquence, le *quantum* de la pension alimentaire pour enfant. Le premier arrêt réitère comment sont traitées les dépenses d'amortissement des immobilisations corporelles de sociétés dont un parent est actionnaire aux fins de la détermination du revenu disponible. Quant au second arrêt, il clarifie l'état du droit dans un contexte quelque peu différent, s'agissant de déterminer si des sommes décaissées à même des placements et un REER font partie du revenu disponible d'un parent. Enfin, dans la décision *Droit de la famille – 171115*¹¹³, c'est la Cour supérieure qui rappelle d'importants principes en

109. Art. 303(7) C.p.c. Voir aussi art. 86 C.p.c. et art. 15(7) de la *Loi sur le notariat*, RLRQ, c. N-3. De nouveau, nous rappelons que l'article 303(7) C.p.c. fait présentement l'objet d'une contestation judiciaire devant la Cour supérieure du Québec au motif d'inconstitutionnalité. Voir *Bonin c. Procureure générale du Québec et al.*, préc., note 84.

110. 2017 QCCA 1732.

111. 2017 QCCA 354.

112. Cette notion est définie à l'article 9 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, RLRQ, c. C-25.01, r. 0.4. En outre, il faut savoir que le tribunal a le pouvoir d'établir le revenu d'un parent dans tous les cas où il l'estime nécessaire en vertu de l'article 446 C.p.c.

113. 2017 QCCS 2141 (appel rejeté sur requête C.A., 2017-07-06, n° 500-09-026776-170, 2017 QCCA 1087).

matière d'aliments dus par le parent ayant agi *in loco parentis* aux termes de la *Loi sur le divorce*. Nous voyons ces jugements successivement.

Droit de la famille – 172619, 2017 QCCA 1732

Ce pourvoi met en cause le *quantum* de la pension alimentaire pour enfants. À la suite d'une modification de la garde des enfants des parties, le tribunal de première instance modifie les obligations alimentaires des parties¹¹⁴. L'appelant soulève plusieurs moyens d'appel, dont la question de savoir si les dépenses d'amortissement des immobilisations corporelles des sociétés dont il est actionnaire doivent être prises en compte pour fixer son revenu disponible aux fins d'établir le montant de la pension alimentaire pour enfants. C'est ce moyen d'appel qui nous intéresse et auquel la Cour fera droit¹¹⁵.

En effet, le tribunal de première instance est d'avis que les dépenses d'amortissement des immobilisations corporelles des sociétés dont l'appelant est actionnaire doivent être incluses dans son revenu disponible. Essentiellement, le tribunal estime qu'il s'agit là d'une déduction fiscale dont l'appelant bénéficie et qu'il a donc plus d'argent à sa disposition. La Cour d'appel du Québec nuance cette affirmation. Lorsque la dépense d'amortissement procure un avantage fiscal ou qu'elle implique une règle comptable qui n'est pas liée à un coût d'entreprise véritable, le tribunal a le loisir d'ajouter, en tout ou en partie, le coût de cette dépense au revenu disponible du parent. Au contraire, lorsque l'amortissement correspond à une authentique dépense d'entreprise, c'est-à-dire qu'elle représente un coût économique réel, engagé afin de générer un revenu et qui ne bénéficie pas personnellement au parent, il n'y a pas lieu de l'ajouter au revenu disponible de ce parent. La Cour reprend à cet égard les motifs de la juge Thibault dans l'arrêt *Droit de la famille – 091447*¹¹⁶, de même que l'explication du juge Dalphond dans l'arrêt *G.L. c. N.F.*¹¹⁷ quant à ce que l'amortissement permet

114. Il faut ici rappeler qu'en l'espèce, les parties étaient d'ex-conjoints de fait. Voir à ce sujet nos remarques précédentes au sujet de la compétence du notaire : *supra*, note 89.

115. La Cour d'appel rejette en effet les trois autres moyens d'appel formulés par l'appelant. Pour connaître ces autres moyens d'appel, voir *Droit de la famille – 172619*, préc., note 110, par. 8.

116. 2009 QCCA 1199.

117. [2004] R.D.F. 489 (C.A.).

d'établir une certaine constance dans les revenus tirés d'une entreprise¹¹⁸. En l'espèce, le tribunal a donc eu tort d'ajouter au revenu disponible de l'appelant les dépenses d'amortissement des immobilisations corporelles des sociétés dont il est actionnaire, et ce, compte tenu de l'abondante preuve soumise par l'appelant. La Cour d'appel explique :

[L]e comptable qui dresse les états financiers des sociétés a clairement témoigné que les dépenses d'amortissement en cause correspondaient à des dépenses réellement encourues par les sociétés et qu'elle représentaient un coût économique réel, authentique et réaliste afin de permettre aux sociétés de générer des revenus¹¹⁹.

La Cour d'appel accueille donc le pourvoi quant à ce moyen et diminue d'autant le revenu disponible de l'appelant aux fins d'établir la pension alimentaire pour enfants.

Cet arrêt met l'accent sur la nécessité de se ménager une preuve d'expert comptable afin d'établir, en présence de dépenses d'amortissement des immobilisations corporelles des sociétés dont un parent est actionnaire, si elles doivent être incluses dans le revenu disponible de ce parent aux fins de fixer la pension alimentaire pour enfants. Le notaire appelé à conseiller des parties en cette matière, voire à préparer un projet d'accord, devrait tenter de déterminer si ces dépenses doivent être comptabilisées dans le revenu disponible du parent aux fins d'établir le montant de la contribution parentale de base, puis de la pension alimentaire pour enfant. Il sera alors judicieux de conseiller aux parties d'obtenir et de lui fournir des explications comptables suffisantes afin qu'il soit en mesure de fixer adéquatement le revenu disponible des parents aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants, en fonction des barèmes établis par règlement¹²⁰.

Droit de la famille – 17397, 2017 QCCA 354

Ce pourvoi pose plusieurs questions au sujet du *quantum* de la pension alimentaire et des arrérages. Nous nous attardons ici uniquement au moyen d'appel visant à déterminer si les sommes

118. *Droit de la famille – 172619*, préc., note 110, par. 12-14.

119. *Ibid.*, par. 15.

120. *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, préc., note 112; *Règlement sur la table de fixation de la contribution alimentaire parentale de base*, RLRQ, c. C-25.01, r. 12.

décaissées de placements et d'un REER doivent être comptabilisées dans le revenu disponible d'un parent aux fins d'établir la pension alimentaire pour enfant¹²¹.

Les parties sont divorcées. À la suite d'une importante diminution de ses revenus de travail, l'appelant s'adresse aux tribunaux afin de faire revoir le montant de la pension alimentaire qu'il verse pour son enfant majeure. Pour déterminer le revenu disponible de l'appelant en vue d'établir le montant de la pension alimentaire et le total des arrérages dus, le tribunal de première instance prend en compte les sommes que l'appelant décaisse de ses placements et de son REER. L'appelant se pourvoit notamment à ce sujet, basant sa prétention sur l'arrêt *Droit de la famille – 08490*¹²², dans lequel le plus haut tribunal de la province conclut que les sommes décaissées d'un REER ne pouvaient être considérées comme un revenu disponible au sens de l'article 9 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*¹²³.

La Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge Vézina, rejette ce moyen d'appel. Quant à l'arrêt *Droit de la famille – 08490*, il n'établit certainement pas une règle générale, encore moins un automatisme quant à ce que les sommes décaissées d'un REER ne peuvent pas être comptabilisées aux fins d'établir le revenu disponible d'un parent. Au contraire, cet arrêt contient une réserve très claire, c'est-à-dire que, « dans les circonstances de l'espèce », les sommes ne pouvaient pas être comptabilisées. Or, la réalité est tout autre dans le présent pourvoi. D'abord, le juge des faits bénéficiait d'une large discrétion. Bien qu'il soit prudent d'éviter de comptabiliser deux fois le même revenu d'un parent pour établir sa contribution parentale de base, encore faut-il qu'il existe une première et une seconde fixation, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Ensuite, certes, si on tient compte de la définition de « revenu disponible » prévue à l'article 9 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*¹²⁴, on pourrait prétendre, comme l'appelant, que de telles sommes ne peuvent être considérées. Or, ce serait là omettre l'article 446 C.p.c., qui permet au tribunal de prendre en compte

121. L'appelant soulève d'autres moyens d'appel, plus spécialement quant à la contribution financière de son enfant majeure, aux sommes versées directement à l'enfant pour valoir à titre de versement des arrérages et aux frais engagés pour les vêtements. Nous n'examinons pas ces motifs.

122. 2008 QCCA 424.

123. Préc., note 112.

124. *Ibid.*

l'ensemble de la situation financière du parent, de même que l'article 587 C.c.Q.¹²⁵, qui édicte que les aliments sont fixés, *inter alia*, en tenant compte des facultés, soit des ressources des parties¹²⁶. En l'espèce, le tribunal a judicieusement exercé sa discrétion en comptabilisant les sommes décaissées¹²⁷ par l'appelant de ses placements et REER aux fins d'établir sa contribution parentale de base, puis le *quantum* de la pension alimentaire pour enfant : « un parent ne peut s'organiser une vie aisée [en décaissant des placements et REER] sans subvenir en proportion aux besoins de ses enfants »¹²⁸.

Cet arrêt doit être souligné parce qu'il relativise, suivant les circonstances de chaque cas, ce qui pourra faire partie du revenu disponible d'un parent aux fins d'établir sa contribution parentale de base, puis le montant de la pension alimentaire pour enfants. Bien qu'aucune règle générale ne puisse être tirée, il faut retenir qu'un parent qui décaisse des sommes de ses placements et REER afin de maintenir son niveau de vie pourra voir son revenu disponible augmenté d'autant au moment de fixer la pension alimentaire pour enfants, notamment dans les cas où ces sommes n'auront pas été comptabilisées à l'occasion d'une première fixation. De même, il faut se rappeler qu'un parent ne pourra pas se ménager une vie confortable en retirant des sommes importantes de ses placements et REER afin de maintenir un même train de vie sans en faire profiter ses enfants à charge. Même s'il ne l'exprime pas explicitement, l'arrêt de la Cour d'appel remet donc en évidence une réalité implacable : l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant est d'ordre public. Il s'agit là d'un principe à ne jamais négliger au moment d'examiner une question relative au droit aux aliments.

Droit de la famille – 171115, 2017 QCCS 2141

Dans cette affaire, le tribunal doit évaluer si monsieur est tenu de verser des aliments à l'enfant de son ex-épouse au motif qu'il

125. Cet article édicte : « **587.** Les aliments sont accordés en tenant compte des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante. »

126. Le lecteur pourra lire les motifs du juge Vézina dans *Droit de la famille – 17397*, préc., note 111, par. 24-36.

127. Il s'agit de sommes appréciables, soit environ 50 000 \$ pour l'année 2013 et 35 000 \$ pour l'année 2014, lesquelles ont servi à maintenir le niveau de vie de l'appelant, qui était confronté à une baisse de ses revenus de travail pendant ces deux années.

128. *Droit de la famille – 17397*, préc., note 111, par. 36.

aurait agi *in loco parentis* auprès de cette enfant au sens de la *Loi sur le divorce*.

Les parties se rencontrent au Pérou, leur pays d'origine, et s'y marient en 2006. Madame a déjà un enfant issu d'une union précédente, née en 2000. Le père biologique de cette enfant est décédé accidentellement quelques mois après sa naissance. À la suite du mariage des parties, monsieur complète les démarches d'immigration pour que madame et son enfant viennent vivre au Canada. Avant de procéder à l'analyse de la preuve et de l'existence d'un lien *in loco parentis* entre monsieur et l'enfant, le tribunal fait la mise en garde suivante :

[23] Précisons que puisque le concept *in loco parentis* n'a pas de pendant en Droit civil, il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui s'interprète de façon restrictive.

[24] Il faut une preuve claire, non équivoque et non ambiguë qui incombe au parent demandant des aliments pour son enfant.

En l'espèce, le tribunal examine l'ensemble des facteurs pertinents, suivant les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*¹²⁹. Au sujet de l'intention de monsieur, il est évident que ce dernier avait la volonté de créer une véritable relation parentale avec l'enfant. Il n'a pas agi seulement pour maintenir l'harmonie dans sa vie conjugale ou en s'attribuant un rôle secondaire auprès de l'enfant. En second lieu, le tribunal constate l'existence d'une nouvelle famille formée des parties et de l'enfant de madame. En outre, quant à la famille élargie, la preuve démontre que l'enfant considère la sœur de monsieur comme sa tante. Aussi, si l'enfant ne fréquente pas les enfants de monsieur, c'est parce que celui-ci ne favorise pas de tels contacts. Ensuite, au sujet de la contribution financière, monsieur assume les coûts de subsistance de la famille, conjointement avec madame. À l'égard de la question de la discipline, monsieur exerce une discipline auprès de l'enfant, acceptant que madame tranche en cas de désaccord. Au surplus, monsieur se présente comme un parent aux yeux des tiers, plusieurs exemples le confirmant. Enfin, quant au critère du rapport entre l'enfant et son père biologique, il n'est pas pertinent puisque l'enfant est orpheline de ce père. En somme, le tribunal conclut que monsieur a agi comme parent de remplacement à l'égard de l'enfant et qu'il ne peut unilatéralement répudier ce lien avec elle.

129. Préc., note 101.

Par conséquent, en vertu de la *Loi sur le divorce*, monsieur doit des aliments à l'enfant¹³⁰.

Dans ce jugement, le tribunal procède à une excellente revue des critères élaborés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chartier c. Chartier*¹³¹ afin de déterminer si monsieur a bel et bien tenu lieu de parent à l'égard de l'enfant. Bien que la décision contienne une analyse factuelle et classique des principes reconnus en la matière, il est l'occasion de rappeler l'importance d'un bon examen des faits au moment de conseiller des parties placées dans une situation semblable. Ainsi, même si l'ex-beau-parent n'aura pas *a priori* de droits ou d'obligations envers l'enfant de son ex-époux, la *Loi sur le divorce* prévoit un tempérament très clair : si l'ex-beau-parent a agi *in loco parentis*, il sera tenu à des aliments envers l'enfant, de même qu'il pourra revendiquer la garde de l'enfant ou des droits d'accès à son égard.

Cette décision permet également de mettre à nouveau en lumière la dichotomie qui existe toujours entre le droit privé fédéral et le droit privé québécois, le *Code civil du Québec*¹³² ne reconnaissant pas formellement la notion de parent *in loco parentis*. Ainsi, si l'ex-beau-parent ayant agi *in loco parentis* ne peut être tenu au sens de la *Loi sur le divorce*, soit parce que le couple choisit la voie de la séparation de corps¹³³, soit parce qu'il évoluait plutôt en union civile ou en union de fait, on pourrait conclure que l'ex-beau-parent ne doit aucuns aliments à l'enfant ni ne peut revendiquer la garde ou des droits d'accès à son égard. C'est ce que tend à confirmer la décision examinée, le tribunal précisant que la notion *in loco parentis* n'existe pas en droit civil et doit être d'application restrictive. Nous

130. Pour consulter l'analyse détaillée des faits, voir *Droit de la famille – 171115*, préc., note 113, par. 26-82.

131. Préc., note 101.

132. Voir à ce sujet l'explication plus détaillée que nous en donnions ci-dessus, *supra*, note 101.

133. On perçoit là encore davantage toute l'incohérence qui découle de l'absence de reconnaissance formelle de la notion *in loco parentis* dans le droit privé québécois. En effet, si les époux choisissent la voie moins drastique de la séparation de corps plutôt que du divorce, le *Code civil du Québec* ne prévoit pas formellement que l'enfant puisse réclamer des aliments à son ex-beau-parent séparé de corps ayant agi *in loco parentis*. Or, si les époux mettent définitivement fin à leur union en demandant le divorce, l'enfant pourra réclamer de tels aliments. Même au-delà du strict cadre du statut matrimonial entre le parent de remplacement et le parent de l'enfant, il existe donc une distinction : un même couple marié, un même enfant pour lequel le beau-parent tient lieu de parent et une différence de traitement.

ne partageons pas ces vues. Au contraire, les développements jurisprudentiels récents montrent une ouverture certaine à reconnaître l'existence du principe même dans une demande introduite aux termes du *Code civil du Québec*, c'est-à-dire en dehors d'un contexte de divorce¹³⁴. Il est à souhaiter que le législateur prenne acte de cette réalité et procède aux changements législatifs appropriés afin que le statut matrimonial entre l'ex-beau-parent ayant tenu lieu de parent ne puisse pas être opposé comme une fin de non-recevoir au moment d'une demande d'aliments, de garde ou de droits d'accès¹³⁵.

4.2 Des aliments dus à l'ex-époux

Les deux arrêts que nous examinons maintenant sont notamment l'occasion, pour la Cour d'appel du Québec, de rappeler les fondements compensatoire et contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-époux, reprenant en partie les enseignements du plus haut tribunal du pays dans *Bracklow c. Bracklow*¹³⁶. Ces arrêts feront successivement l'objet d'une revue, l'état du droit n'y étant pas remis en cause. Le notaire appelé à conseiller des parties dans le cadre d'une séparation, dont la rédaction d'un projet d'accord, aura néanmoins avantage à connaître ces arrêts puisqu'ils constituent des illustrations récentes des principes édictés par la Cour suprême du Canada, en lien avec les facteurs et objectifs mis de l'avant par l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*.

Droit de la famille – 172259, 2017 QCCA 1495

Dans cette affaire, les parties se marient en 1983. L'intimé gère alors une épicerie de l'entreprise familiale, dont il est également actionnaire à hauteur d'un petit pourcentage. Quant à l'appelante, elle occupe un emploi de vendeuse dans une boutique de vêtements. En 1988, elle devient employée de bureau dans l'entreprise familiale de l'intimé. Entre 1989 et 1997, quatre enfants naissent de l'union

134. Voir *Droit de la famille – 072895*, 2007 QCCA 1640 et *Droit de la famille – 102247*, 2010 QCCA 1561.

135. À ce sujet, nous rappelons de nouveau que le Rapport Roy contient plusieurs pistes de solution qu'il importe d'étudier, dont la reconnaissance d'une obligation alimentaire du parent *in loco parentis*, sans égard au statut conjugal qui le lie au parent de l'enfant, de même que l'attribution de l'autorité parentale au parent *in loco parentis* qui exerce la garde de l'enfant. Voir COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 307-322.

136. [1999] 1 R.C.S. 420.

des parties. En 1995, après la naissance du troisième enfant, l'appelante cesse de travailler dans l'entreprise familiale et demeure à la maison afin de s'occuper des enfants. Quant à l'intimé, au cours du mariage, il consolide, de pair avec son oncle et son frère, une entreprise familiale lucrative et fructueuse. Cette entreprise prendra une expansion considérable : « de petites épiceries qu'elles étaient lors de son entrée dans l'entreprise familiale, les commerces développés notamment par l'intimé et son frère ont dorénavant un chiffre d'affaires supérieur à 150 millions par année »¹³⁷. Les parties se séparent en 2011, après 28 ans de mariage. À la fin de la vie commune, l'intimé possède la moitié de l'entreprise familiale avec son frère. Il cumule ainsi des actifs de 15 millions de dollars¹³⁸, l'appelante étant pour sa part propriétaire de la résidence familiale d'une valeur de 460 000 \$ et d'un fonds de retraite d'environ 10 600 \$.

Les questions en litige concernent le refus d'accorder à l'appelante une prestation compensatoire, l'attribution d'une pension alimentaire au bénéfice de l'appelante totalisant 100 000 \$ par année et le paiement d'une somme globale de 165 000 \$. En effet, l'appelante se pourvoit et requiert qu'une prestation compensatoire d'une valeur de 4 000 000 \$ lui soit versée. Elle demande aussi le versement d'une somme globale d'environ 4 000 000 \$, ou subsidiairement, d'une somme globale de 2 000 000 \$ accompagnée d'une pension alimentaire de 10 000 \$ par mois. Enfin, si aucune prestation compensatoire ni somme globale ne lui sont accordées, elle demande le versement d'une pension alimentaire de 17 000 \$ par mois à son bénéficiaire.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Jacques, rejette le moyen d'appel portant sur la prestation compensatoire. Pour les besoins de cette revue, il suffira d'énoncer brièvement qu'après analyse, le plus haut tribunal de la province conclut que la répartition des tâches entre les parties était équitable, chacune s'étant acquittée de contribuer aux charges du mariage à proportion de ses facultés respectives, sans excéder la contribution normalement attendue de chacun des époux. Ainsi, l'appelante est demeurée au foyer pour s'occuper des enfants et a assumé l'ensemble des tâches domestiques, alors que l'intimé s'est chargé du volet financier. De plus, « aucune preuve d'une contribution significative en temps ou en

137. *Droit de la famille* – 172259, 2017 QCCA 1495, par. 31.

138. À l'audition de première instance, ses actifs s'élevaient à 19 millions de dollars si on considère en outre les sommes qui font partie de la fiducie familiale qu'il a créée.

argent de l'appelante dans l'entreprise familiale de l'intimée n'a été établie pour conclure à un appauvrissement de celle-ci et à un enrichissement de l'intimé »¹³⁹. C'est donc le second volet de l'appel, qui porte sur la pension alimentaire de l'ex-épouse et la somme globale, qui retient ici notre attention. À cet égard, la Cour d'appel casse le jugement *a quo* et ordonne le versement d'une pension alimentaire de 12 500 \$ par mois au bénéfice de l'appelante, de même que le paiement d'une somme globale de 1 165 000 \$.

La Cour d'appel est d'avis que la première juge a mal évalué les besoins de l'appelante, de même que les ressources à la disposition de l'intimé. Elle rappelle que la contribution alimentaire d'un époux peut prendre la forme de capital ou de versements périodiques et qu'elle dépend des besoins et moyens des parties. Elle signale les facteurs et les objectifs édictés aux paragraphes 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*¹⁴⁰, rappelant que l'ensemble de ces éléments doit être considéré suivant les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bracklow c. Bracklow*¹⁴¹, étant entendu que les aliments peuvent être de nature compensatoire, non compensatoire et contractuelle¹⁴².

Quant à la situation financière de l'appelante, la Cour s'explique mal que la première juge ait conclu que le niveau de vie de la famille était « confortable mais modeste » : « [r]ésidence rénovée, avec

139. *Droit de la famille – 172259*, préc., note 137, par. 31.

140. Cet article édicte : « **15.2** [...]

(4) En rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre du présent article, le tribunal tient compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux, y compris :

a) la durée de la cohabitation des époux ;
b) les fonctions qu'ils ont remplies au cours de celle-ci ;
c) toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux.

[...]

(6) L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre du présent article vise :

a) à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec ;
b) à répartir entre eux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge ;
c) à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause ;
d) à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable. »

141. Préc., note 136.

142. *Droit de la famille – 172259*, préc., note 137, par. 62-65.

piscine, véhicules pour chacune des parties, accès à un chalet de pêche, à un chalet à la montagne, voyages corporatifs, écoles privées pour les enfants, équipements complets de sports pour tous les enfants, etc. L'échec du mariage entraîne de lourdes conséquences économiques pour l'appelante »¹⁴³. Cette dernière ne pourra pas atteindre son autonomie financière malgré ses efforts, compte tenu de son âge, de son faible degré d'instruction, de son état de santé précaire et du fait qu'elle a quitté le marché du travail depuis 20 ans. Quant à la situation financière de l'intimé, il possède des actifs considérables. Ses actions personnelles totalisent plus de 10 000 000 \$, et les actions détenues par sa fiducie familiale sont d'un montant équivalent. La Cour d'appel estime que même si les actions détenues par la fiducie familiale font partie d'un patrimoine d'affectation, elles doivent être prises en considération au moment d'établir les moyens de l'intimé, compte tenu du fait que c'est lui qui conserve le contrôle de cette fiducie, le droit de désigner des bénéficiaires et le droit de décider de l'utilisation des sommes. Conclure le contraire serait « injuste »¹⁴⁴. En somme, la Cour est d'avis que la première juge a accordé un montant de pension alimentaire insuffisant à l'appelante, ayant erré dans l'évaluation des besoins de l'appelante et dans la détermination des moyens de l'intimé, qui ne peuvent se limiter à son seul salaire annuel de 360 000 \$. Plus spécialement, la première juge « fait assumer à l'appelante la presque totalité des conséquences économiques qui découlent du mariage, de son échec et du soin des enfants »¹⁴⁵. La pension alimentaire au bénéfice de l'appelante sera donc portée à 150 000 \$ par année.

Au sujet de la somme globale, la Cour d'appel précise qu'il est établi que, à l'instar de la pension alimentaire, elle peut recevoir un caractère compensatoire et être établie en fonction des besoins et moyens des parties. Il faut aussi tenir compte de l'ensemble des objectifs de la *Loi sur le divorce*, dont les inconvénients causés par l'échec du mariage à l'appelante et son « droit à la sécurité financière future »¹⁴⁶. À cet égard, la Cour fait siens les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Moge c. Moge*¹⁴⁷. En l'espèce, l'échec du mariage porte un grand coup à l'appelante. La première juge n'a pas tenu compte de tous les éléments pertinents, dont l'âge,

143. *Ibid.*, par. 80.

144. *Ibid.*, par. 104-108, pour les motifs du juge Jacques au sujet de la fiducie familiale.

145. *Ibid.*, par. 117.

146. *Ibid.*, par. 122.

147. [1992] 3 R.C.S. 813.

la santé, le degré d'instruction et l'expérience de travail de l'appelante. Elle a évacué le caractère compensatoire de la somme globale et n'a pas tenu compte des immenses ressources de l'intimé. Vu la durée du mariage, les besoins de l'appelante et les moyens de l'intimé, une importante somme globale sera accordée. Cela dit, et c'est ce qui frappe, les motifs laissent entendre que la Cour tenait, par sa décision, à remédier à une iniquité flagrante :

[131] Si l'intimé meurt demain, l'appelante, qui ne peut travailler de manière à assurer son autonomie, se retrouve sans ressources. Il s'agit d'un résultat injuste dans le contexte où l'intimé, pendant le mariage, a réinvesti les profits dans l'entreprise afin de la faire fructifier et de manière à s'assurer ainsi qu'à son épouse et ses enfants d'une retraite confortable.

[132] En raison de la durée du mariage, des besoins de l'appelante et des moyens financiers de l'intimé, une somme globale importante est justifiée.

[...]

[137] En raison de l'importance de ses actifs, l'intimé, même s'il affirme avoir peu de liquidités, a certes la capacité financière d'assurer la subsistance de celle avec qui il a partagé la vie pendant plus de 31 ans (dont 28 ans de mariage), avec qui il a eu quatre (4) enfants et qui subit aujourd'hui les désavantages économiques de l'échec du mariage.

[138] Ainsi, j'estime qu'il est justifié d'octroyer à l'appelante une somme globale de 1 165 000 \$, soit une somme d'un million pour ses besoins futurs et 165 000 \$ pour acquitter ses dettes actuelles, tel que l'a retenu la juge d'instance.

[139] Ce montant, même s'il est inférieur à la demande de l'appelante, est à mon avis raisonnable. Ajouté à la pension alimentaire périodique, il vient répartir, de façon plus équitable, les inconvénients financiers dus à la séparation et assure à l'appelante une certaine sécurité financière future.

Cet arrêt est intéressant puisqu'il rappelle qu'il faut soupeser l'ensemble des facteurs et objectifs édictés à l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce* au moment de se pencher sur les aliments dus à l'ex-époux. Une évaluation globale de la situation des parties est requise dans chaque cas, ce que le notaire aura avantage à se rappeler au moment de conseiller des parties en cette matière. Par ailleurs, si la Cour d'appel affirme à plusieurs reprises que la pension

alimentaire pour ex-époux et la somme globale peuvent avoir un caractère compensatoire, devant compenser les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec, on sait également – la Cour le mentionne aussi – que ces mesures visent à compenser les conséquences économiques découlant du soin des enfants à charge pour l'appelante.

Par ailleurs, la somme globale prend ici des allures de fourre-tout. Elle permettra d'abord à l'appelante de payer ses honoraires d'avocats¹⁴⁸ – revêtant ainsi les attributs d'une provision pour frais. Ensuite, elle vise à répondre aux besoins futurs de l'appelante, en compensant les désavantages économiques que lui cause l'échec du mariage – d'où son caractère alimentaire. Elle vise également à pallier une iniquité, une injustice – on sait que l'appelante a eu soin des enfants et qu'elle est demeurée à la maison pendant une bonne partie de l'union alors que l'intimé bénéficie de moyens très importants. Or, à ce sujet, qu'en aurait-il été si l'appelante avait elle aussi bénéficié d'importantes ressources ? Aurait-elle eu droit à une telle compensation ? La somme globale est-elle le mécanisme le plus adéquat en de telles circonstances ? Rien n'est moins sûr.

C'est l'enjeu sur lequel s'attarde le Rapport Roy au moment d'examiner l'obligation alimentaire de nature compensatoire entre ex-époux¹⁴⁹. C'est aussi ce qui a justifié, *inter alia*, la recommandation d'instaurer en droit québécois une « prestation compensatoire parentale », qui à elle seule viserait à permettre « la répartition équitable entre les parents des désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard de leur enfant commun à charge », sans égard à leur statut matrimonial¹⁵⁰. Il s'agit là d'une solution pour le moins novatrice qui mériterait l'attention du législateur. Espérons-la, cette réforme du droit de la famille ! Mais pour l'heure, ces réflexions n'auront pas d'incidence sur la pratique notariale. Le notaire devra donc s'en remettre aux principes dont la Cour d'appel du Québec fait mention dans son arrêt¹⁵¹.

148. Voir à ce sujet *Droit de la famille – 172259*, préc., note 137, par. 129.

149. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, préc., note 20, p. 102-106.

150. *Ibid.*, p. 106-108.

151. Il pourra aussi consulter un autre arrêt récent de la Cour d'appel, qui contient une longue revue des principes applicables en matière de pension alimentaire entre ex-époux : *Droit de la famille – 172765*, 2017 QCCA 1844, par. 207 et s.

Droit de la famille – 171197, 2017 QCCA 861

Ce pourvoi concerne la mise en œuvre et l'interprétation d'une clause contenue dans une entente sur mesures accessoires des parties, ladite entente ayant été homologuée par le tribunal à l'occasion du divorce des parties, le 24 mars 2003. La clause litigieuse traite plus spécialement de l'obligation alimentaire contractée par l'appelant envers son ex-épouse, l'intimée. Plus spécialement, c'est le *quantum* de la pension alimentaire due à l'intimée qui fait l'objet du litige. La convention prévoit que cette pension s'élèvera à 7 500 \$ par mois, avec indexation annuelle. Puis, suivant la clause 2.3, cette somme sera réduite à 3 500 \$ par mois à la suite de la retraite de l'appelant, retraite qu'il ne prendra pas avant l'âge de 60 ans. Enfin, selon cette même clause, « la pension alimentaire annuelle versée ne pourra jamais excéder le tiers des revenus annuels du demandeur à compter de cette date »¹⁵².

L'appelant prend sa retraite en 2014 et subit une baisse de revenus importante. En 2015, il s'adresse au tribunal et requiert une modification de la pension alimentaire versée au bénéfice de l'intimée, tentant d'en faire diminuer le *quantum* en deçà de 3 500 \$ par mois. Le tribunal de première instance fixe la pension alimentaire payable au bénéfice de l'intimée à 2 272,13 \$ par mois pour l'année 2015, la pension alimentaire devant par la suite être ajustée annuellement en fonction des revenus de l'appelant. Les deux parties sont insatisfaites de ce jugement : elles forment un appel et un appel incident. L'appelant prétend que le montant de la pension alimentaire doit être réduit encore davantage compte tenu de ses revenus annuels, que la première juge a mal évalués. L'intimée plaide au contraire que la pension alimentaire doit être établie à 3 500 \$ par mois, considérant l'entente homologuée par le tribunal lors du divorce des parties, de même qu'en regard de l'intention des parties. L'appelant serait de mauvaise foi et diminuerait volontairement ses revenus annuels afin de ne pas s'acquitter de son obligation alimentaire. À son avis, la clause 2.3 doit s'interpréter à la lumière de la clause 2.6 de la convention, laquelle prévoit que la pension alimentaire pourra être modifiée en cas de « réduction significative » des revenus de l'appelant. Or, cette réduction significative ne saurait être tributaire des choix délibérés de l'appelant ou des arrangements fiscaux qu'il prend.

152. Pour consulter le libellé des différentes clauses de la convention, voir *Droit de la famille – 171197, 2017 QCCA 861*, par. 15.

La Cour d'appel rejette l'appel principal et accueille le pourvoi incident. Elle ordonne à l'appelant de payer une pension alimentaire de 3 500 \$ par mois au bénéfice de l'intimée. Deux séries de motifs concordants justifient la décision de la Cour.

Pour le juge Levesque, la convention homologuée par le tribunal avait pour but d'atteindre un équilibre entre les ex-époux. Elle doit s'apprécier à la lumière des facteurs et des objectifs édictés aux paragraphes 15.2(4) et 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*. En outre, le sort de l'appel dépend de la portée réelle des dispositions de la convention, s'agissant d'en respecter l'esprit et l'intention. Le juge Levesque conclut que la « réduction significative » des revenus de l'appelant n'est pas due à un « événement hors de son contrôle » : « la structure fiscale dont il s'est doté lui permet en effet de choisir lui-même l'étendue de ses revenus annuels »¹⁵³. De fait, en 2015, l'appelant cumule un revenu annuel d'environ 50 000 \$, tout en ayant des actifs de plus de 3 000 000 \$. En somme, le juge Levesque conclut que la clause 2.3 est claire, la première juge ayant erré en ajoutant un élément supplémentaire aux termes clairs de cette clause : « cela l'a menée à appliquer une conclusion irréaliste qui n'était pas prévue par les parties : se présenter chaque année devant la Cour afin que soient évalués les revenus annuels de monsieur »¹⁵⁴. L'interprétation de la première juge ne respecte ni l'esprit ni l'intention de la convention. Elle mène également à un résultat incongru en ce que le montant de la pension alimentaire due à l'intimée serait tributaire des seuls choix de l'appelant. Le juge Levesque rejette l'appel principal, accueille le pourvoi incident et fixe la pension alimentaire à 3 500 \$ par mois.

Pour sa part, le juge Rochette, à l'opinion duquel souscrit le juge Vauclair, ne partage pas des vues identiques à celles de son collègue, bien que sa conclusion soit la même. Il précise que le litige repose sur l'interprétation de la clause 2.3 de l'entente des parties. Faisant référence à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Miglin c. Miglin*¹⁵⁵, il rappelle qu'il convient d'accorder beaucoup de poids à une entente équitablement négociée par les parties, qui reflète leurs intentions et est conforme aux objectifs édictés par la *Loi sur le divorce*¹⁵⁶. En l'espèce, le juge Rochette estime que la clause 2.3 est ambiguë. Plus spécialement, l'ambiguïté « découle

153. *Ibid.*, par. 40.

154. *Ibid.*, par. 46.

155. [2003] 1 R.C.S. 303.

156. *Droit de la famille - 171197*, préc., note 152, par. 63.

tout à la fois du défaut de précision de la clause 2.3 et des circonstances ultérieures à la signature de l'Entente »¹⁵⁷.

Le juge Rochette ajoute qu'il faudra la preuve d'un changement significatif dans la situation des parties afin de réviser leur entente, « tel que la convention ne respecte plus l'intention des parties ou les grands principes régissant les matières de divorce »¹⁵⁸. En l'espèce, un tel changement existe, le tribunal devant dès alors fixer la pension alimentaire en tenant compte des stipulations contenues à la convention. Aussi, les attentes de l'intimée suivant lesquelles l'appelant lui verserait une pension alimentaire de 3 500 \$ par mois à sa retraite sont raisonnables et reposent sur l'intention des parties et sur l'ensemble de la convention. Au surplus, la première juge erre en concluant que l'appelant est ici de bonne foi. Appréciee dans son sens objectif, la bonne foi suppose l'usage raisonnable d'un droit, de même qu'elle implique qu'une partie ne trompe pas les attentes légitimes de l'autre au moment de l'exécution de son obligation. En l'espèce, l'appelant défend une position qui n'est pas raisonnable et qui court-circuite l'intention commune des parties et les attentes légitimes de l'intimée. Afin de sanctionner son comportement répréhensible, le juge Rochette opposera donc une fin de non-recevoir à la demande de l'appelant basée sur la clause 2.3 de la convention. Il fixe donc la pension alimentaire à 3 500 \$ par mois. Ses motifs sont éloquentes :

[77] En somme, l'Entente est satisfaisante pour les deux parties et sécurisante à long terme pour l'intimée qui a toutes les raisons de croire que, lorsque la pension alimentaire sera réduite, l'appelant sera en mesure de cumuler des revenus annuels de 126 000 \$ et de lui verser 42 000 \$ annuellement. Il y a là un gage de stabilité pour l'intimée à moins que, dans sa compréhension, la situation financière de l'appelant se détériore radicalement et que ses revenus chutent en conséquence, une possibilité expressément envisagée à la clause 2.6 de l'Entente. Cette compréhension est tout à fait compatible avec un examen de l'Entente dans son ensemble.

[...]

[86] On aura compris que l'appelant propose une interprétation stricte de la clause 2.3 de l'Entente.

157. *Ibid.*, par. 66.

158. *Ibid.*, par. 71.

[87] Cette prétention doit être rejetée puisque, dans le contexte, elle est incompatible de mon point de vue avec l'intention commune des parties manifestée dans l'Entente de mars 2003. Mais il y a plus.

[...]

[94] L'appelant a arrangé ses affaires de manière à pouvoir décider en bonne partie s'il touchera des revenus pour une année donnée, au sens habituel du terme, et quel en sera le niveau. Une fois cela fait, rendu à la retraite, il a minimisé ses revenus sans égard à l'obligation alimentaire contractée à l'égard de l'intimée et préconise maintenant une interprétation restrictive de la clause litigieuse de leur Entente. Somme toute, la mesure de l'obligation assumée par l'appelant dans le cadre de l'Entente serait dorénavant déterminée par celui qui en est le débiteur.

[...]

[97] Les gestes posés par l'appelant traduisent, selon moi, de la mauvaise foi au sens objectif du terme et le résultat de la position qu'il défend n'est pas raisonnable. L'appelant fait fi de l'intention commune des parties à l'Entente, des attentes légitimes de l'intimée et la place dans une position où, en définitive, il lui serait extrêmement difficile de faire valoir son droit à un soutien alimentaire.

[98] Il ne s'agit pas là de la conduite d'une personne prudente, diligente et respectueuse de ses obligations et des droits de l'intimée.

[99] Pour sanctionner un comportement répréhensible notamment en matière d'obligations, les tribunaux utilisent de plus en plus la fin de non-recevoir qui est appliquée dans des situations variées, lorsque les principes de la bonne foi et de l'équité le justifient. [...]

[100] J'estime que cette règle doit recevoir application pour opposer une fin de non-recevoir à la demande de l'appelant fondée sur la dernière partie de la clause 2.3 de l'Entente qui stipule « étant convenu que la pension alimentaire annuelle versée ne pourra jamais excéder un tiers des revenus annuels du demandeur à compter de cette date. »

Cet arrêt contient deux séries de motifs opposés pour parvenir à la même solution. C'est ce qui frappe : pour un juge, la clause litigieuse est claire ; pour les deux autres, elle est ambiguë. Cela dit, le résultat doit être le même pour les trois juges : la pension alimentaire ne peut être modifiée de façon à être tributaire des choix délibérés de l'ex-époux et des structures fiscales qu'il adopte, contrairement aux exigences de la bonne foi. Aussi, cet arrêt réitère-t-il un principe bien connu : au moment de présenter une demande

modificative des aliments versés au profit d'un ex-époux¹⁵⁹, le demandeur devra faire la preuve d'un changement significatif, important et imprévisible, qui, s'il avait été connu au moment de l'ordonnance initiale, aurait emporté une conclusion différente au sujet des aliments¹⁶⁰. En outre, ce changement ne pourra pas avoir été provoqué, de mauvaise foi, par le débiteur alimentaire. Aussi, s'il peut être légitime, pour le débiteur alimentaire, de prendre une retraite – même anticipée –, sa bonne ou mauvaise foi sera déterminante au moment de réviser l'ordonnance alimentaire initiale¹⁶¹, d'autant plus dans un contexte où les parties auront librement négocié une entente à ce sujet, laquelle prévoit en détail les effets éventuels de la retraite de l'un sur la pension alimentaire à verser à l'autre.

En cela, l'arrêt de la Cour d'appel du Québec permet aussi de rappeler l'importance du fondement contractuel de l'obligation alimentaire entre ex-époux, qui découle du paragraphe 15.2(4)c) de la *Loi sur le divorce* et qui se déploie ici avec force. Le notaire appelé à conseiller un débiteur alimentaire qui souhaite faire modifier l'ordonnance alimentaire rendue au profit de son ex-époux devra connaître ces notions. Par ailleurs, au-delà de l'existence de motifs concordants, cet arrêt met en exergue l'importance de coucher par écrit, le plus clairement possible, l'intention des parties au moment de négocier et de conclure une entente sur les mesures accessoires à la rupture, dont les aliments dus à l'ex-époux. Pour le notaire appelé à rédiger une telle entente, mieux vaudra donc toujours être plus précis, en ajoutant autant de nuances que l'intention des parties l'exige, tout en étant conscient qu'en dernière analyse, l'entente sera appréciée dans son ensemble et à la lumière des exigences de la bonne foi par le tribunal éventuellement saisi d'un litige mettant en cause l'interprétation de l'entente.

CONCLUSION

Cette revue de la jurisprudence met en évidence le rôle de premier plan que joue le notaire au moment de conseiller des parties confrontées à un problème de droit familial. Les champs d'expertise du notaire sont étendus, celui-ci étant appelé à agir tant en matière

159. Une telle demande se fonde sur le paragraphe 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*.

160. Au sujet de la notion de « changement significatif », voir notamment : *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

161. Voir J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 35, p. 430-437, nos 310-312.

de filiation – notamment la filiation adoptive – qu'en matière de régimes matrimoniaux, de garde d'enfants ou d'obligation alimentaire. Le notaire aura certes avantage à se tenir informé des développements jurisprudentiels les plus récents dans toutes ces matières. Si les décisions rendues en 2017 le démontrent, celles qui suivront au cours de l'année 2018 n'y feront vraisemblablement pas plus exception. En effet, le jugement *Alary* – qui met en cause les effets civils du mariage religieux – a été porté en appel en 2016 et fait présentement l'objet d'un délibéré, l'audition s'étant tenue au mois de novembre 2017¹⁶². C'est avec beaucoup d'attention que le juriste intéressé par le droit de la famille pourra suivre le dénouement de ce pourvoi, d'ailleurs susceptible d'être porté jusque devant le plus haut tribunal du pays. La prochaine année sera également l'occasion de surveiller le virage qui s'opérera en matière de filiation adoptive, l'ouverture des dossiers d'adoption étant appelée à devenir le nouveau paradigme en cette matière¹⁶³.

162. *Droit de la famille -16244*, 2016 QCCS 410 (déclaration d'appel, C.A., 2016-02-29, n° 500-09-025933-169 ; requête *de bene esse* pour permission d'appeler déferée à la formation de la Cour, C.A., 2016-03-14, n° 500-09-025933-169, 2016 QCCA 450 ; en délibéré, jj. Bich, Dufresne, Kasirer).

163. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, préc., note 2.