

# **UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS**

**Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé**

Thèse de droit comparé

soutenue le 5 octobre 2015

## **L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – étude comparée de droit français et de droit canadien**



**Université Panthéon-Assas**

**Stéphanie OUGIER**

**Sous la direction du professeur Gérard CHAMPENOIS,**  
professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Membres du jury :

**Gérard CHAMPENOIS**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas Paris II

**Pierre-Jean CLAUX**, Notaire honoraire, ancien professeur associé de l'Université Paris-Est Créteil

**Edith DELEURY, Rapporteur**, Professeure émérite de l'Université Laval, Québec

**Florence LAROCHE-GISSEROT**, Professeure honoraire de l'Université d'Evry-Val-d'Essonne

**Valérie LASSERRE-KIESOW, Rapporteur**, Professeure à l'Université du Maine



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



« Une rencontre n'est que le commencement d'une séparation »  
Proverbe japonais



## **Résumé**

### **L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – étude comparé de droit français et de droit canadien**

Le droit des règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce a pendant longtemps été fondé sur l'idée de sanctionner le conjoint responsable de la rupture que ce soit en France, au Canada ou dans la province canadienne de Québec. Bien que de traditions juridiques différentes, les droits français et canadien reconnaissent ainsi un rôle central à la faute dans leur droit du divorce. Face à l'évolution concomitante des sociétés française et canadienne vers un individualisme plus marqué et une volonté croissante de pacifier les conflits, ces droits ont dû tendre vers une plus grande objectivation du divorce et de ces conséquences. Parallèlement à un mouvement de quasi-disparition de la faute, de nouvelles institutions sont apparues dans les droits étudiés, institutions fondées sur des idées de compensation, d'équité mais aussi de solidarité avec la survie ou l'apparition d'obligations alimentaires.

Aujourd'hui, les droits étudiés sont marqués par une diversité d'institutions avec pour certaines des fondements multiples et des intitulés qui, malgré la différence de tradition juridique, peuvent se répondre comme, par exemple, la pension alimentaire non compensatoire canadienne qui n'est pas sans rappeler la prestation compensatoire que nous qualifions d'alimentaire française. Cette diversité amène alors à s'interroger sur la nécessité de repenser et de rationaliser les institutions existantes pour les rendre tout à la fois plus compréhensibles mais aussi plus accessibles par les futurs ex-époux. Cette simplification doit en effet s'accompagner d'une plus grande liberté contractuelle permettant aux conjoints divorcés de se réappropriier leur séparation avec l'aide d'un avocat, d'un médiateur ou encore du juge. Le divorce pacifié, se pose alors la question de la pacification de la rupture des autres couples que sont les unions libres ou encore les PACS et union civile. Ces unions hors mariage se développant, il est nécessaire aujourd'hui de prendre en considération les conséquences de leur dissolution voire d'envisager un droit commun des règlements pécuniaires consécutifs à toute séparation.

**Descripteurs** : divorce, conséquences du divorce, union de fait, PACS, droit français, droit canadien, droit québécois, alimentaire, indemnitaire, faute

## **Abstract**

### **Alimony and compensation in the post-divorce consequences between spouses – comparative law study of French and Canadian Laws**

Historically post-divorce laws between spouses was based in France, Canada and Quebec on penalizing the responsible party of the separation. Although from different law traditions, Canadian and French law recognized an important place to the fault in their divorce laws. However, the tendency of the French and Canadian societies to be more individual and to pacify conflicts, divorce law had to change to become more objectivized. The movement of removing the fault in divorce permitted the creation of new institutions based on compensation, equity and solidarity which is symbolized by spousal support and alimony.

The studied laws are characterized by diverse institutions, are founded on different grounds. These institutions inspired by different law traditions are thus very similar such as the Canadian on compensatory spousal support and the French compensatory obligation that we call "alimony compensatory obligation". This diversity impose us to think about the possibility of a renewal and rationalization of the existent institutions in order to be simplified and comprehensible for the future divorce spouses. A greater freedom of contract should also ensure the appropriation of the divorce's consequences by the divorced spouse with help of lawyers, mediators and judges. Once the divorce humanized, the question of the pacification of the dissolution/ ruptures of other types of union such as common law marriage or civil partnership. The increasing number of those new couples, it is becoming a necessity to take in consideration the consequences of their dissolution and draw a new common law for their dissolution.

**Keywords** : divorce, post-divorce consequences, common law marriage, civil partnership, French Law, Canadian Law, Quebec, alimony, fault, compensatory





## LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

- A.C.** : Appeal cases
- AJDA** : Actualité juridique droit administratif
- AJ. Fam.** : Actualité juridique famille
- B.R.** : Cour du banc de la Reine
- Bull.** : Bulletin de la Cour de cassation
- Bull. Joly** : Bulletin Joly
- Cal. L. Rev.** : California Law Review
- C. cass.** : décision de la Cour de cassation
- C. de D.** : Cahier de droits
- Can. J. Fam. L.** : Canadian Journal of Family Law
- Can. Fam. L. Q.** : Canadian Family Law Quarterly
- Cass. Req.** : Cassation Requête
- C.F.L.Q.** : Canadian Family Law Quarterly
- C.P. du N.** : Cours de perfectionnement du notariat
- C.S.** : Recueil de jurisprudence du Québec, Cour supérieure
- CSC** : Canadian supreme court cases
- CSC** : Consolidated Statutes of Canada
- D.** : Recueil Dalloz
- D.H.** : Dalloz hebdomadaire
- Dr. Fam.** : Droit de la famille
- Fam. L. Q.** : Family Law Quarterly
- Gaz. Pal.** : Gazette du Palais
- JCP G.** : Semaine juridique édition générale
- JCP N.** : Semaine juridique édition notariale
- J.E.** : Jurisprudence Express
- J. of Law and Family Studies** : Journal of Law and Family Studies
- L.C.** : Lois du Canada
- L.Q.** : Lois du Québec
- L.D.** : Loi sur le divorce
- L.Now.** : Law Now
- L.R.C.** : Lois révisées du Canada
- Ont. B. A. R.** : Ontario Bar Association Review
- QCCS** : Décisions de la Cour supérieure du Québec
- R.D. McGill** : Revue de droit de McGill
- R. du B.** : Revue du Barreau
- R. du N.** : Revue du Notariat
- RCS** : Recueil des décisions de la Cour suprême du Canada
- RDA** : Revue de droit administratif
- R.D.F.** : Recueil de droit de la famille
- RD sanit. Soc.** : Revue de droit sanitaire et social
- REJB** : Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau (Québec)
- R.E.J.** : Revue d'études juridiques
- Rép. Civ. Dalloz** : Répertoire civil Dalloz
- Rép. Def.** : Répertoire du notariat Defrénois
- Rev. crit. législ. et jur.** : Revue critique de législation et de jurisprudence
- Rev. Can. D. Fam.** : Revue canadienne de droit familial
- R.F.L.** : Review of Family Law
- R.G.D.** : Revue générale de droit
- R.I.D.C.** : Revue international de droit comparé
- RJPF** : Revue juridique Personnes et Famille
- R.S.N.S.** : Revised Statutes of Nova Scotia
- R.J.Q.** : Recueil de jurisprudence du Québec
- R.J.T.** : Revue juridique Thémis
- R.R.J.** : Revue de la recherche juridique
- R.S.O.** : Revised Statutes of Ontario
- RTDCiv.** : Revue trimestrielle de droit civil
- S.** : Sirey
- Sask. L. Rev.** : Saskatchewan Law Review
- S.C.** : Statuts du Canada
- S.C.R.** : Supreme Courts reports
- S.O.** : Statutes of Ontario
- S.Q.** : Statuts du Québec
- S.R.Q.** : Statuts refondus du Québec
- U. Of Louiseville J. of. Fam. L.** : University of Louiseville Journal of Family Law
- Wm. & Mary J. Women & L.** : William and Mary Journal of Women and the Law
- WWR** : Western Weekly Reports



## **SOMMAIRE**

### **PARTIE I - L'EVOLUTION DES FONDEMENTS : DE LA FAUTE A L'EQUITE**

#### **TITRE I : LE DECLIN DE LA FAUTE**

Chapitre I : Une disparition souhaitée

Chapitre II : Une survie nécessaire

#### **TITRE II : L'EQUITE ET LA NOUVELLE VOLONTE D'EGALISATION**

Chapitre I : L'égalisation du passé

Chapitre II : L'égalisation de l'avenir

### **PARTIE II : LA RECHERCHE DE NOUVEAUX REGLEMENTS PECUNIAIRES POST-SEPARATION**

#### **TITRE I : LA NECESSAIRE REVISION DES INSTITUTIONS EXISTANTES**

Chapitre I : Choisir des fondements déterminés pour des institutions déterminées

Chapitre II : Clarifier le régime des règlements pécuniaires entre époux

#### **TITRE II : QUELLE PLACE POUR LA CONTRACTUALISATION DANS LES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE EX-EPOUX ?**

Chapitre I : Une « contractualisation de plus en plus présente »

Chapitre II : Une véritable contractualisation

Chapitre III : Une contractualisation des conséquences pécuniaires du divorce  
nécessaire mais encadrée

#### **TITRE III : L'EXTENSION DES OBLIGATIONS LIEES AU DIVORCE AUX AUTRES CAS DE RUPTURES – UN DROIT COMMUN DE LA RUPTURE DU COUPLE**

Chapitre I : La reconnaissance de nouvelles unions et de nouvelles protections

Chapitre II : La possible uniformisation des régimes des nouvelles unions avec celui  
du mariage ?



## INTRODUCTION GENERALE

**1. Une famille de plus en plus instable** Au cours des soixante dernières années les sociétés occidentales ont vu leur conception et leur droit de la famille fortement évoluer. La famille est devenue plus égalitariste et ses membres ont désormais chacun des places égales qu'il soit homme ou femme, père ou mère, enfant né dans ou hors mariage<sup>1</sup>. Elle n'est plus centrée sur le mariage<sup>2</sup> et peut s'épanouir au sein d'une union libre ou de façon plus institutionnalisée dans le cadre d'un PACS<sup>3</sup> en France ou d'une union civile<sup>4</sup> au Québec. Plus diversifiée, elle est aussi moins stable qu'elle a pu l'être dans le passé<sup>5</sup> et le divorce fait aujourd'hui partie du quotidien de chacun d'entre nous. Rares sont ceux qui aujourd'hui n'ont pas été confrontés au divorce, soit personnellement soit d'un de leur proche. Le divorce est très présent et donne lieu à une importante actualité législative et jurisprudentielle.

### **I. Le divorce en France et au Canada, une importance tant sociologique que juridique**

**2. Des chiffres du divorce élevés en France...** En France et au Canada, les chiffres du divorce sont éloquentes. Ainsi en France, si on comptait environ 30 000 divorces par an de 1953 à 1963, ce nombre a commencé à augmenter à partir de 1964, et ceci alors même que le droit du divorce français n'avait pas encore été réformé et que seul le divorce pour faute était possible<sup>6</sup>. La réforme de 1975 a marqué une évolution fondamentale en ouvrant les cas de divorces et on a alors constaté une croissance exponentielle du nombre de divorces à partir des années soixante dix. En 2011, 129 802 couples mariés avaient divorcé en France<sup>7</sup>. Ils étaient alors quatre fois plus nombreux que dans les années cinquante et étaient également plus nombreux que le nombre de couples ayant divorcé en 1999, 116 813 divorces ayant été

---

<sup>1</sup> En droit cette égalité familiale a été marquée par l'adoption de grandes lois comme, en France, la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 *portant réforme des régimes matrimoniaux* confortée par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 *relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*, ou encore la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 *sur la filiation*. Au Québec, l'égalité entre les époux s'est construite avec la *loi sur la capacité de la femme mariée* du 1<sup>er</sup> juillet 1964, S.Q. 1964, c. 6, puis par la *loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77, et surtout avec la loi réformant l'intégralité du droit de la famille, *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>2</sup> François de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2010, p. 7.

<sup>3</sup> Articles 515-1 et suivants du Code civil.

<sup>4</sup> Articles 521.1 et suivants du Code civil du Québec.

<sup>5</sup> François de Singly, *op.cit.*, p. 21, Déchaux Jean-Hugues, *Sociologie de la famille*, Ed. La Découverte, 2009, p. 17.

<sup>6</sup> Daguét Fabienne, « Mariage, divorce et union libre », *Insee Première*, n°482, août 1996.

<sup>7</sup> Voir le site internet de l'INED, <http://www.ined.fr/fr/>

prononcés au cours de cette année. La réforme du divorce du 26 mai 2004<sup>8</sup> a, en effet, entraîné une nouvelle augmentation du nombre de divorces, augmentation plus particulièrement remarquable entre les années 2004 et 2005, 152 020 divorces avaient ainsi été prononcés en 2005 contre 131 331 en 2004. Depuis, malgré une baisse importante, le nombre de divorces par an demeure supérieur à 120 000 et, en 2013, 121 849 couples avaient divorcé, représentant alors un indice conjoncturel de 46,2 divorces pour cent mariages pour l'année 2013<sup>9</sup>.

**3. ... et au Québec** Au Québec, la province canadienne dont le droit sera le plus particulièrement étudié, le nombre de divorces, quasi inexistant jusqu'à 1968, le divorce n'étant alors pas permis dans cette province, est passé de 2 947 en 1969 pour un taux de 8,8 divorces pour cent mariages, à 16 738 divorces en 2003, soit un taux de 53,5 divorces pour cent mariages. En 2008, on comptait 13 899 divorces<sup>10</sup> et un indice synthétique de divortialité de 47,4 divorces pour cent mariages<sup>11</sup>. Si le nombre de divorces s'était stabilisé depuis les années 1990 au Québec et au Canada, il a baissé en 2007 et 2008 même si le taux de divortialité reste élevé<sup>12</sup>.

**4. Des questions relatives aux causes de divorce toujours en suspens** Même si le divorce est largement accepté dans nos sociétés et perçu comme une étape dans une vie, une transition entre deux mariages<sup>13</sup> qui marque l'imagination populaire<sup>14</sup>, des interrogations subsistent en droit concernant ses causes et ses effets<sup>15</sup>. C'est ainsi que jusqu'au début des années 2000, la question s'est posée en France de reconnaître un véritable droit au divorce<sup>16</sup> et d'accepter un divorce pour cause objective. La réforme du divorce de 2004<sup>17</sup>, tout en abrogeant le divorce pour rupture de la vie commune, strictement encadré et dont les charges

---

<sup>8</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>9</sup> Voir le site internet de l'INED, <http://www.ined.fr/fr/>. Pour information, la population française en 2012 était de 65 241 000 habitants.

<sup>10</sup> Institut de la statistique du Québec, <http://www.stats.gouv.qc.ca>. La population québécoise était estimée au 1<sup>er</sup> janvier 2014 à 8 179 000 habitants, Institut de la statistique du Québec, *Le bilan démographique du Québec*, édition 2014, Décembre 2014, p. 23.

<sup>11</sup> Mary Bess Kelly, *Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010-2011*, Statistique Canada, Juristat, p. 7.

<sup>12</sup> Les données relatives au divorce ont cessé d'être produites par Statistique Canada à partir de 2008, il n'y a donc pas de données plus récentes sur le divorce au Québec ou au Canada à ce jour, Institut de la statistique du Québec, *Le bilan démographique du Québec*, édition 2014, Décembre 2014, p. 110.

<sup>13</sup> Ségalen Martine, *Sociologie de la famille*, Ed. Armand Colin, 2000, p. 140.

<sup>14</sup> Lacourse Marie-Thérèse, *Famille et société*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Chenelière Education, 2004, p. 110.

<sup>15</sup> Bateur Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2013, n°929 p. 355.

<sup>16</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 538 p. 240.

<sup>17</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

pesaient sur l'époux demandeur<sup>18</sup>, a instauré un divorce pour altération définitive du lien conjugal qui s'est ajouté aux divorces pour faute<sup>19</sup>, par consentement mutuel et pour acceptation de la rupture du mariage préexistant. Ce divorce pour altération du lien conjugal peut ainsi être demandé après une séparation de fait des époux de deux années<sup>20</sup>. Si la réforme de 2004 a constitué une véritable avancée en droit du divorce, elle peut, pour certain, laisser « un arrière-goût de compromis »<sup>21</sup> et il n'est pas exclu que dans l'avenir on ne plaide pas de nouveau pour la disparition du divorce pour faute et la mise en œuvre du seul divorce pour cause objective, à l'instar du droit canadien. De plus, en droit français, outre l'objectivation des causes de divorce, la déjudiciarisation et donc la question du divorce sans juge est de plus en plus prégnante. Malgré les critiques et les oppositions antérieures<sup>22</sup>, elle a de nouveau été posée à la fin de l'année 2013<sup>23</sup>.

5. Au Canada, la problématique des causes du divorce est moins présente et celles-ci ont été largement simplifiées par la loi sur le divorce de 1985<sup>24</sup>. Ainsi, dans ce pays, l'un des époux ou les deux peuvent demander le divorce pour cause d'échec du mariage. Cet échec est alors établi dans trois cas : les époux ont vécu séparés pendant au moins un an avant le prononcé du divorce et vivaient séparément au moment de la date d'introduction d'instance, dans le cas où l'un des époux a commis l'adultère, ou encore lorsque l'un des époux a « traité l'autre époux avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation ». Si au Canada, les causes de divorce ne paraissent donc plus poser de problème, ce n'est en revanche pas le cas des conséquences de celui-ci.

6. **Des conséquences du divorce discutées** Les conséquences personnelles ou patrimoniales du divorce en droit français, canadien et québécois peuvent être cruciales pour

---

<sup>18</sup> Voir Terré François et Fenouillet Dominique, *Droit civil – La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, 2011, n° 304 p. 263.

<sup>19</sup> La France reste alors un des rares pays européens à avoir conservé le divorce pour faute, Ferrand Frédérique, « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12, et Bernard Younes, « Le rôle de la volonté des époux », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 18.

<sup>20</sup> Article 237 du Code civil.

<sup>21</sup> Lemouland Jean-Jacques, « Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille », *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Ed. LexisNexis Dalloz, 2012, p. 328 et plus particulièrement p. 339.

<sup>22</sup> Voir entre autres la position de la Commission présidée en 2008 qui avait écarté cette possibilité, Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008.

<sup>23</sup> Voir le rapport rendu à la Ministre de la Justice en décembre 2013, Delmas-Goyon Pierre, *Le juge au XXIème siècle – Un citoyen acteur, un équipe de justice*, décembre 2013.

<sup>24</sup> *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. 1985 c. 3., article 8. Voir Castelli Mirelle D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 440, Drapeau Murielle, « Chapitre II – La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal », dans *Collection de droit 2013 – 2014, Volume 3 – Famille, personnes et successions*, 2013, p. 131 et s.

les ex-conjoints et leurs enfants. On constate que les causes de divorces étant de plus en plus objectivées, le conflit réapparaît lors de l'étude des conséquences du divorce par le juge<sup>25</sup>. Dans les deux pays étudiés, le droit des règlements pécuniaires entre ex-époux est en constante évolution. Ceux-ci recouvrent les conséquences patrimoniales découlant du divorce. En France, relèvent de cette catégorie la prestation compensatoire, les dommages et intérêts susceptibles d'être accordés sur le fondement de l'article 266 du Code civil ou sur le fondement du droit commun, de possibles droits obtenus sur le fondement de l'enrichissement sans cause mais aussi la liquidation du régime matrimonial<sup>26</sup>. En droits canadien et québécois, sont inclus dans cette catégorie la prestation compensatoire propre au droit québécois, la pension alimentaire entre époux prévue par la loi sur le divorce canadienne ainsi que la liquidation du patrimoine familial et du régime matrimonial réglementés par le droit québécois.

7. En France, outre les grandes réformes de 1975<sup>27</sup> puis de 2004<sup>28</sup>, ces conséquences ont plus particulièrement fait l'objet de réformes et modifications en 2000<sup>29</sup> ainsi qu'en 2006<sup>30</sup> et de nombreux arrêts de la Cour de cassation portent, notamment, sur la nature de la prestation compensatoire<sup>31</sup>. Au Canada, si le divorce a été réformé en profondeur en 1968<sup>32</sup> puis en 1985<sup>33</sup>, différentes lois québécoises se sont succédées au cours des années 1980<sup>34</sup> et des décisions de principe de la Cour suprême interviennent de façon régulière depuis les années quatre-vingts<sup>35</sup> et continuent de modifier régulièrement le droit des règlements pécuniaires entre époux.

---

<sup>25</sup> Constat fait lors du colloque sur *La communauté de biens entre époux : bilan critique*, colloque organisé par l'institut de recherche de Droit des Affaires (IRDA) de l'Université Paris 13 tenu le 27 novembre 2008 en la Grand' Chambre de la Cour de cassation, publié au *JCP N.* 2009 n°22 du 29 mai 2009.

<sup>26</sup> Voir Batteur Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2013, p. 390 et s.

<sup>27</sup> *Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.*

<sup>28</sup> *Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.*

<sup>29</sup> *Loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce.*

<sup>30</sup> *Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.*

<sup>31</sup> Voir Batteur Annick, *op. cit.* n° 1064 p. 397, Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n° 790 et s. p. 324 et s.

<sup>32</sup> *Loi sur le divorce* (S.C. 1967-1968, c. 24).

<sup>33</sup> *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. 1985 c. 3 (2<sup>ème</sup> supp.)

<sup>34</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille* (1980) L.Q. c. 39, entrée en vigueur en 1981 qui a instauré la prestation compensatoire, *Loi instituant le patrimoine familial*, (1989) L.Q. c. 55.

<sup>35</sup> Notamment dans les décisions rendues dans les arrêts connus sous le nom de trilogie *Pelech, Caron et Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 801, [1987] 1 R.C.S. 892, [1987] 1 R.C.S. 857 ; *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, *Boston c. Boston*, [2001] 1 R.C.S. 413, ou encore *Miglin c. Miglin*, [2001] 1 R.C.S. 303.



8. Dans le cadre de notre thèse, nous avons alors choisi de limiter notre étude aux seuls règlements pécuniaires entre époux, ces règlements s'appliquant quel que soit le type de divorce (pour faute, par consentement mutuel,...), qu'il y ait ou non des enfants. L'étude des effets du divorce sur les relations entre les parents divorcés et leurs enfants auraient également pu être intéressante au titre du droit comparé, le droit français ayant connu au début des années 2000 une importante réforme en matière d'autorité parentale<sup>36</sup>. En droit canadien, si une telle réforme de l'autorité parentale n'a pas eu lieu<sup>37</sup>, une réforme fondamentale de la filiation a revu la notion même de parenté<sup>38</sup>. Nous laissons à d'autres l'étude de ces domaines qui sont également en constante évolution.

9. Nous avons choisi d'écrire une thèse en droit comparé en étudiant les droits français, canadien et de la province du Québec.

## II. Une thèse en droit comparé

10. **Des droits de différentes traditions juridiques** Notre thèse porte sur les droits français, canadien et le droit de la province du Québec. Les droits français et canadien sont issus de tradition juridique différente<sup>39</sup>, droit de tradition romano-germanique – civiliste<sup>40</sup>,

---

<sup>36</sup> *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.*

<sup>37</sup> Deux projets de loi ont été déposés depuis le début des années 2000 pour réformer le droit du divorce canadien et plus particulièrement l'autorité parentale mais aucun des deux n'a abouti, *Projet de loi C-22 – Loi modifiant la Loi sur le divorce, la loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction des pensions, la Loi sur les juges et d'autres lois en conséquences* en 2002, et *Projet de loi C-422 – Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquences* en 2009.

<sup>38</sup> *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c. 6.

<sup>39</sup> Différentes classifications des droits ont été proposées à travers le temps, la première avait été proposée par René David qui distinguait les systèmes romano-germaniques, socialistes, de *common law* ainsi que les autres conceptions de l'ordre social et du droit, catégorie englobant tant les droits musulman, indien, orientaux et africains (voir Gambaro Antonio, Sacco Rodolfo et Vogel Louis, *Les droits de l'occident et d'ailleurs*, Ed. L.G.D.J., 2011, p. 11, ainsi que David René, *Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Ed. Economica, 1982). Cette classification a évolué pour des raisons historiques, comme la disparition du bloc soviétique, et la critique de certains qui souhaitaient aussi, et par exemple, que soient distingués à l'instar de Zweigert et Kötz, les droits dits romains et ceux germaniques (Voir Laithier Yves-Marie, *Droit comparé*, Ed. Dalloz, 2009, n° 16 p. 28 et s.) Aujourd'hui certains distinguent les systèmes de droits orientaux, ceux de droits occidentaux et enfin ceux africains, et au sein des systèmes occidentaux distinguent les pays de tradition continentale de la *common law* (voir par exemple, Cuniberti Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. L.G.D.J., 2011), d'autres proposent d'étudier d'une part les droits de l'occident et les droits du reste du monde qu'ils classent par grandes catégories : droit des pays islamiques, droit indien, droit de l'extrême orient, droit de l'Afrique subsaharienne (voir Gambaro Antonio, Sacco Rodolfo et Vogel Louis, *op. cit.*). Enfin, dans son dernier ouvrage sur les grands systèmes de droit contemporains, Mme Jauffret-Spinozi distingue entre la famille romano-germanique, le système juridique russe, la *common law* et les autres conceptions de l'ordre social et du droit, David René et Jauffret-Spinozi Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2002.

<sup>40</sup> Certains parlent de tradition romano-germanique, David René et Jauffret-Spinozi Camille, *op. cit.*, p. 25 et suivantes, d'autres, comme Zweigert et Kötz (Zweigert Konrad et Kötz Hein, *An introduction to comparative*

pour le droit français et de *common law*<sup>41</sup> pour le droit canadien. Le droit québécois, pour sa part, est issu de ces deux traditions.

**11. Un droit français civiliste** Le droit français est un des plus anciens droits de cette tradition. Ce droit, issu du droit romain, est caractérisé par l'importance de l'enseignement universitaire et de ses enseignants à qui revient le rôle de penser, organiser et réformer le droit. Le doyen Carbonnier est certainement un des exemples les plus marquants en la matière. L'importance de la doctrine est ici fondamentale<sup>42</sup> et le droit se construit à partir de ces écrits et non de la pratique. Cette position doit toutefois être nuancée et la jurisprudence a de plus en plus d'importance en droit français, comme le montre le droit de la responsabilité civile<sup>43</sup> ou le droit de la filiation<sup>44</sup>.

**12. Un droit canadien de *common law*** Quant au droit canadien, issu du droit anglais, il est considéré comme un droit de *common law*. Pour M. Laithier<sup>45</sup>, la plupart des règles de cette famille de droit sont « la traduction d'idées et de pratiques communément acceptées ». La tradition universitaire étant beaucoup moins développée qu'en France ou dans les pays européens continentaux, ce droit est essentiellement construit par les juges et les autres praticiens du droit et les pays de tradition de *common law* ne comptent généralement pas de codes. Le droit est aussi développé de façon concrète et la dimension procédurale est essentielle.

**13. Un droit québécois mixte**<sup>46</sup> Le droit québécois a été dès l'origine très fortement inspiré par le droit français. Même si le Québec fut intégré dans le Canada actuel dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, il a en effet conservé la tradition juridique française et a adopté un code civil

---

*law*, Ed. Clarendon Press Oxford Université Press, 1998) distinguent les droits romains et germaniques, on parle aussi de droits de tradition civiliste (Laithier Yves-Marie, *Droit comparé*, Ed. Dalloz, 2009, p. 31, Gambaro Antonio, Sacco Rodolfo et Vogel Louis, *op. cit.*), traduction en français de l'expression anglaise « civil law » ; des auteurs parlent également de « tradition juridique continentale », Cuniberti Gilles, *op. cit.*, n° 23 et s., p. 28 et s.

<sup>41</sup> Pour une histoire de la *common law* et de son évolution qui la rapproche de plus en plus du droit civil, voir Glenn Patrick H., « La civilisation de la *common Law* », *R.I.D.C.* 3-1993 p. 559.

<sup>42</sup> Laithier Yves-Marie, *op. cit.*, p. 32, 33.

<sup>43</sup> Voir en particulier toute l'évolution jurisprudentielle relative à la responsabilité du fait d'autrui, Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, *Droit civil – Les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz 2013, n°848 et s., p. 897 et s.

<sup>44</sup> Voir en particulier toute l'évolution jurisprudentielle liée aux contestations de paternité sous l'empire de la loi relative à la filiation de 1972, voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 1290 et s., p. 505 et s.

<sup>45</sup> Laithier Yves-Marie, *op. cit.* p. 34.

<sup>46</sup> Glenn Patrick, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 339, p. 348.

sur le modèle du Code Napoléon de 1804 en 1866<sup>47</sup>. Toutefois, même si ce droit est de tradition écrite avec l'existence d'un Code civil, l'importance que revêt la jurisprudence le rend très proche de la *common law*. Le Québec a su également s'inspirer d'institutions de *common law*, comme la fiducie<sup>48</sup>, pour les adapter dans son propre droit, et sa propre tradition juridique de droit écrit. On a ainsi pu considérer qu'il était un laboratoire expérimental d'un rapprochement des systèmes romano-germanique et de *common law*<sup>49</sup> voire un « modèle vivant de droit comparé »<sup>50</sup>. Il se construit d'ailleurs en laissant une place importante au droit comparé. Son étude nous permettra alors d'analyser comment il concilie sa nature romaniste, en continuant toujours de s'inspirer des autres pays de tradition civiliste<sup>51</sup>, avec la forte influence du droit canadien de *common law* dans le cadre du droit du divorce et des relations entre ex-époux.

**14. Un droit du divorce au Canada fédéral et provincial** Nous serons amenés à alterner entre le droit fédéral canadien et le droit québécois dans le cadre de notre étude. En effet, si par principe, le droit civil relève au Canada de la compétence des législatures provinciales et varie donc suivant les provinces<sup>52</sup>, cela n'est pas le cas pour le droit du divorce et du mariage qui relèvent en partie de la compétence fédérale. Ces exceptions trouvent leur fondement dans l'histoire canadienne, histoire dont nous souhaitons tracer les grands traits afin de pouvoir mieux expliquer ultérieurement certaines notions et évolutions étudiées.

**15. La coexistence des religions protestante et catholique** Le Canada s'est construit par des conquêtes et des annexions progressives. Les premières colonies à s'y être installées, dont le Canada, formèrent la Nouvelle France, régie par le régime français jusqu'à la Guerre de sept ans et la défaite de la France face à l'Angleterre en 1759. Avec le Traité de Paris du 10 février 1763, la France renonça à la Nouvelle-Écosse et à l'Acadie et céda le Canada (l'actuel Québec) et le Cap Breton au Royaume-Uni<sup>53</sup>. Les premières années de domination anglaise

---

<sup>47</sup> Voir Cabrillac Rémy, « Le nouveau Code civil du Québec », *D.* 1993 p. 267.

<sup>48</sup> Voir l'étude de Sylvio Normand, « L'acculturation de la fiducie en droit civil québécois », *R.I.D.C.* 1-2014 p. 7, qui présente les enjeux et la difficulté d'intégration du trust dans le droit québécois.

<sup>49</sup> David Boccara, dont la thèse, *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law*, thèse, Lyon, 1993, est citée par Rémy Cabrillac, *op. cit.*

<sup>50</sup> Baudouin L. cité par Niort Jean-François, « Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits* 1996 p. 135. Il se construit d'ailleurs en laissant une place importante au droit comparé, voir Glenn Patrick, « Vers un droit comparé intégré », *R.I.D.C.* 4-1999, p. 841 et plus particulièrement p. 844.

<sup>51</sup><sup>51</sup> Glenn Patrick, « Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 339, p. 348.

<sup>52</sup> Article 92(13) de la Loi constitutionnelle de 1867.

<sup>53</sup> Voir Gérald A.-Beaudouin, *Le fédéralisme au Canada, Les institutions, Le partage des pouvoirs*, Ed. Wilson et Lafleur, 2000, p. 5 et s.

furent alors marquées par un rejet tant du droit civil français que de la religion catholique et de la langue française. Néanmoins, face au courant de révolte qui grondait dans le sud du continent et sur les autres colonies britanniques, les lois françaises et l'exercice de la religion catholique furent rétablis avec l'entrée en vigueur de l'Acte de Québec de 1774. Deux religions et deux traditions juridiques commencèrent alors à se côtoyer dans la Province du Québec, nouveau nom donné à la colonie, laquelle fut ensuite remplacé par les provinces du Haut et du Bas Canada (le Québec actuel) en 1791.

**16. Une compétence fédérale** Cette double influence, religieuse et juridique, eut des conséquences importantes sur le droit du divorce. Ainsi, alors que la religion catholique refusait le divorce, la religion anglicane l'acceptait et le Bas-Canada, (l'ancienne province du Québec), francophone et catholique, était donc susceptible de refuser le droit de divorcer contrairement au Haut Canada (l'actuelle Ontario), où il était accepté. Les anglophones habitant le Bas-Canada, n'auraient donc pu divorcer contrairement aux citoyens du Haut-Canada, qui bénéficiaient de cette possibilité<sup>54</sup>. Le problème fut réglé, en partie, dans le cadre de l'Acte d'Amérique du Nord Britannique de 1867. Selon cet acte, le droit du divorce et les règles de fond du mariage relevaient de la compétence fédérale<sup>55</sup>. La théorie du champ inoccupé devait, de plus, permettre aux différentes provinces de légiférer conformément à leurs convictions tant que le législateur fédéral ne l'aurait pas fait. Cette théorie s'appliqua dans les faits pendant près d'un siècle, puisque le législateur fédéral ne légiféra de façon générale qu'à la fin des années soixante.

**17. Une compétence partagée** Le législateur fédéral dans le cadre de la loi sur le divorce de 1968 ne s'est pas contenté de définir les conditions nécessaires pour l'obtention du divorce mais il a également établi des règles relatives à certaines conséquences de ce divorce. Il a en particulier édicté des règles relatives à l'octroi d'une pension alimentaire entre ex-époux et entre parents et enfants, ainsi que des règles relatives à la garde de ces enfants. En ce qui concerne le partage des biens, chaque province a légiféré en la matière et le gouvernement fédéral n'est pas intervenu. En effet l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique ne prévoit pas expressément la compétence du gouvernement fédéral pour légiférer sur les conséquences du divorce et les gouvernements provinciaux semblaient, au contraire, compétents pour légiférer sur le sujet en raison de leur compétence exclusive en matière de droit civil et donc,

---

<sup>54</sup> L'Heureux-Dubé Claire, « Communications », (1968) 28 *R. du B.* 505, plus particulièrement p. 506.

<sup>55</sup> 91(26) de la Loi constitutionnelle de 1867. Voir Laviolette Nicole et Audet Julie, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 3, et p. 54 et s.

théoriquement, sur les effets du mariage comme du divorce. Pour sa part, le législateur québécois a adopté, en 1968, le Bill 8<sup>56</sup> relatif aux effets du divorce et de la séparation de corps. Cette loi prévoyait que le tribunal pouvait ordonner à l'un des époux de verser, pour l'entretien de son conjoint, les sommes qu'il jugeait raisonnable<sup>57</sup>. Le juge avait donc le choix entre une disposition fédérale et une disposition provinciale pour attribuer une pension alimentaire à l'un des époux. Les dispositions du Code civil du Bas Canada telles qu'introduites par le Bill 8 ne paraissaient pas très éloignées de celles instaurées par le législateur fédéral dans le cadre de la Loi sur le divorce et tant la loi québécoise que celle canadienne prévoyaient que la pension alimentaire devait être octroyée en fonction de l'état et des facultés de chacun et laissaient une grande liberté d'appréciation aux juges. Mais, la loi fédérale exigeait, de plus, que le tribunal apprécie la conduite des parties. Cette dernière considération n'intervenait à aucun moment dans l'appréciation de l'obligation alimentaire entre ex-époux en droit civil québécois. Elle pouvait pourtant avoir une certaine importance puisqu'elle pouvait être amenée à jouer un rôle dans l'estimation de la pension alimentaire versée à un époux fautif et, en particulier, pouvait entraîner la diminution du montant de la pension accordée. Cet époux pouvait alors avoir intérêt à ce que ce soit les règles du droit civil québécois qui soient appliquées et non celles de la loi fédérale sur le divorce. La question du partage des compétences avait alors une importance certaine afin de déterminer quelle loi pouvait s'appliquer. La jurisprudence a été confrontée à ce problème et la doctrine s'est également intéressée à la question<sup>58</sup>.

**18. Un partage de compétence réaffirmé** Selon Gérard Beaudoin<sup>59</sup>, la jurisprudence antérieure à la loi de 1968 avait reconnu la compétence des provinces pour légiférer sur la pension alimentaire. Mais, ajoute-t-il, cette compétence n'existait que dans la limite où le gouvernement fédéral ne l'avait pas fait lui-même. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi sur le divorce, le ministre de la Justice Pierre-Elliott Trudeau avait considéré que la loi sur le divorce, au niveau fédéral, devait régler la question du divorce mais également celle « des conséquences immédiatement attachées à cette rupture du mariage »<sup>60</sup>. Les Tribunaux désignés comme compétents pour entendre les affaires de divorce dans les différentes

---

<sup>56</sup> *Loi modifiant le Code civil*, L.Q. 1969, ch. 74.

<sup>57</sup> Article 14 du Bill 8 modifiant l'article 212 du Code civil du Bas Canada.

<sup>58</sup> Sur ce sujet, voir Beaudoin Gérard, « De la répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce », (1973) 4 R.G.D. 66. Voir également Bushnell S. Ian, « Family law and the Constitution », (1978) 1 *Can. J. Fam. L.* 202.

<sup>59</sup> Beaudoin Gérard A., *Le fédéralisme au Canada*, La collection Bleue, faculté de droit, section de droit civil de l'Université d'Ottawa, Wilson et Lafleur 2000, p. 522 et s.

<sup>60</sup> P. E. Trudeau, *Débats de la Chambre des Communes*, 5 décembre 1967, p. 5087-5088.

provinces intervinrent alors progressivement pour reconnaître cette compétence du parlement fédéral et cette jurisprudence fut confirmée par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Jackson c. Jackson*<sup>61</sup> ainsi que *Zacks c. Zacks*<sup>62</sup>. Tant la garde des enfants que l'obligation alimentaire entre ex-époux furent alors considérées comme accessoires à la compétence du parlement fédéral de légiférer en matière de divorce en vertu de la théorie des compétences ancillaires<sup>63</sup>. La pension alimentaire entre ex-époux ayant un lien étroit avec le divorce, il semblait en effet logique de rattacher son régime à celui de la loi sur le divorce. Ceci était d'autant plus important qu'un des facteurs qui avait amené le législateur fédéral à adopter une loi sur le divorce était l'existence d'importantes différences entre les droits des divorces des différentes provinces et en particulier les problèmes existant dans le cadre de la pension alimentaire. L'obligation alimentaire, de même que la garde des enfants, est, depuis, régie par le droit fédéral, la légitimité des dispositions les concernant n'étant plus contestée.

**19. Le refus d'une compétence unifiée du droit de la famille** Si le gouvernement fédéral a étendu sa compétence en vertu des pouvoirs ancillaires, le problème de la compétence unifiée du droit de la famille se pose toujours. Dans le cadre de la conférence de Victoria sur la révision de la Loi Constitutionnelle de 1868<sup>64</sup>, une telle compétence avait été envisagée en faveur des législateurs provinciaux. Mais lors du rapatriement et de la révision de la constitution canadienne, le gouvernement fédéral conserva sa compétence en matière de divorce et des conditions de fond du droit du mariage<sup>65</sup>, des dispositions adoptées dans ce domaine par l'Assemblée nationale du Québec dans le Code civil de 1980, furent donc

---

<sup>61</sup> *Jackson v. Jackson*, [1973] R.C.S. 205

<sup>62</sup> *Zacks c. Zacks*, [1973] R.C.S. 891. Solution réaffirmée par le Cour suprême dans *Vadeboncoeur c. Landry*, [1977] 2 R.C.S. 179.

<sup>63</sup> Cette théorie peut ainsi être définie comme la doctrine qui « met en présence une loi, fédérale ou provinciale, qui comporte des dispositions qui semblent à première vue invalides, car empiétant sur les compétences exclusives de l'autre palier de gouvernement, mais dont la validité peut être rachetée en démontrant qu'elles sont accessoires et nécessaires à l'efficacité de la loi », voir Tremblay André, *Droit constitutionnel, Principes*, Montréal, 2<sup>ème</sup> édition, Thémis, 2000, page 337.

<sup>64</sup> Conférence qui s'est tenue du 14 au 16 juin 1971.

<sup>65</sup> En 1982, le Canada obtint sa pleine indépendance grâce au rapatriement de sa constitution. Celle-ci n'est plus du ressort du parlement de Westminster, le gouvernement et le parlement canadien sont désormais compétents pour modifier seuls ses dispositions sans qu'il soit nécessaire de demander l'intervention du gouvernement et du parlement britanniques. Le Canada à travers ce rapatriement, comme le fait remarquer M. Trudeau a acquis sa pleine souveraineté et sa totale indépendance (Discours de Pierre Elliott Trudeau, alors premier ministre, présenté le 17 avril 1982, trouvé sur

<http://www.nelson.com/nelson/school/discovery/cantext/speech3/1982trch.htm>). Ce rapatriement devait amener à différentes modifications de la loi constitutionnelle de 1868 mais il n'apporta aucun changement quant aux dispositions relatives au partage des compétences en matière de divorce et de mariage.

considérées inconstitutionnelles et n'entrèrent jamais en vigueur<sup>66</sup>. L'existence d'un bloc de compétence, provincial ou fédéral, aurait pour avantage de simplifier le droit existant. Néanmoins, il paraît peu probable qu'aujourd'hui le gouvernement fédéral accepte de se départir de sa compétence dans ce domaine. Il en est de même pour les gouvernements provinciaux. Le partage des pouvoirs relève souvent de savants calculs politiques.

**20. Le partage actuel des compétences fédérale et provinciale** Ainsi dans le cadre de notre étude, le droit canadien interviendra essentiellement en matière de règles de fond (motifs de divorce) et fixera également les règles applicables pour la pension alimentaire entre ex-conjoints. Les autres conséquences du divorce et, en particulier les règles de liquidation des régimes matrimoniaux ou encore celles relatives à la prestation compensatoire (québécoise), relèvent de la compétence provinciale et donc, en ce qui nous concerne, du droit québécois. Nous serons également amenée, dans certaines parties de notre thèse, à confronter le droit québécois à celui d'autres provinces canadiennes. En effet, si ce droit a pu se construire en s'inspirant des spécificités de certaines de ces provinces, l'interprétation des juges québécois peut également se distinguer, en matière de divorce, de l'interprétation des juges des autres provinces. La structure du droit québécois et son histoire pourront ainsi parfois expliquer ces différences.

**21. La confrontation des conceptions de *civil* et *common law*** Cette étude de trois droits, voire plus, sera l'occasion de confronter les conceptions et les modes de formation du droit des traditions juridiques de *civil law* et de *common law*. Pour certains, les différences ne peuvent pas être plus marquées qu'entre ces deux familles de droit<sup>67</sup>. Nous constaterons que, dans les pays dont les droits sont étudiés, les sociétés ont évolué parallèlement et les législateurs et les tribunaux ont eu à répondre aux mêmes problèmes et interrogations. Ils ont alors utilisé des concepts différents, propres à leur tradition juridique, pour répondre à des problématiques similaires et, si au premier abord, les fondements utilisés semblent différents, nous remarquerons qu'en réalité malgré des dénominations distinctes, voire opposées (en particulier avec la prestation compensatoire française et la pension alimentaire entre ex-conjoints canadienne), les concepts et fondements sont fondamentalement les mêmes. La confrontation des concepts et institutions permettra de faire ressortir des solutions communes

---

<sup>66</sup> Voir sur le sujet Pineau Jean, *La famille, Droit applicable au lendemain de la loi « 89 »*, Les presses de l'Université de Montréal, 1983, et plus particulièrement en ce qui concerne les dispositions adoptées par le parlement québécois relativement au divorce : pages 186 et s.

<sup>67</sup> Hondius Ewoud, « Les grandes familles de droit : temps pour un enterrement ? », dans les *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 617 et plus particulièrement p. 621.

mais aussi de déterminer des fondements et des institutions qui nous paraîtront les plus adaptées pour une refonte du droit des conséquences pécuniaires du divorce.

22. Notre étude nous amènera à nous interroger sur les fondements des règlements pécuniaires entre ex-conjoints dans les droits français, canadien et québécois, et à leur évolution. Les notions de faute, d'indemnitaire, d'équité, et d'alimentaire ressortiront alors de cette analyse des différents droits.

### III. Des règlements pécuniaires avec divers fondements

23. **La faute** La faute a été et est encore aujourd'hui un des fondements les plus traditionnels des règlements pécuniaires entre époux. Elle peut être définie comme « l'attitude d'une personne qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels (faute contractuelle) ou son devoir de ne causer aucun dommage à autrui (faute civile appelée également faute délictuelle ou quasi-délictuelle) »<sup>68</sup>. Cette faute peut ensuite varier selon différents facteurs : son degré de gravité ou son caractère intentionnel. Dans le cadre du divorce, elle a longtemps joué un rôle fondamental comme cause du divorce mais aussi dans le cadre des règlements pécuniaires. Ainsi jusqu'à 1975 en France, le divorce pouvait seulement être prononcé pour faute de l'un ou des deux époux et n'était envisagé que comme un divorce sanction<sup>69</sup>. De plus, c'est parce qu'un des époux avait commis une faute que l'autre pouvait espérer obtenir une pension alimentaire<sup>70</sup>. Nous verrons également qu'au Canada elle était une des principales causes de divorce<sup>71</sup>. Dans une volonté de pacification, les législations des deux pays ont évolué vers une disparition de la faute dans le divorce, mais nous constaterons que sans aller jusqu'à la disparition, il s'agit plus vraisemblablement d'une limitation et d'un encadrement des conséquences de celle-ci.

24. **L'indemnitaire** Corrélativement au retrait de la faute, nous constaterons l'émergence d'un autre fondement pour les règlements pécuniaires entre ex-époux dans les droits étudiés : un fondement indemnitaire. Une indemnité peut être définie comme une somme ou une

---

<sup>68</sup> Sous la direction de Guinchard Serge et Debard Thierry, *Lexique des termes juridiques 2014*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013, p. 426.

<sup>69</sup> Bateur Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2013, n° 931 p. 356, Terré François et Fenouillet Dominique, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011, n° 205 et s., p. 175 et s.

<sup>70</sup> Ancienne pension alimentaire française jusqu'en 1975, voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 785 p. 322.

<sup>71</sup> Voir n°43 et s.



prestation destinée à réparer un préjudice<sup>72</sup>. La notion d'indemnitaire implique donc un dédommagement pour un préjudice subi. Cette notion peut alors être rapprochée de la notion de compensatoire, soit ce qui est « destiné à compenser, à rétablir un équilibre, une situation entière ». Dans les deux cas, le préjudice subi ne résulte pas nécessairement d'une faute mais d'un déséquilibre qui s'est créé suite à des décisions ou des événements. Ces notions d'indemnité et de compensation sont, elles-mêmes, très fortement liées à une autre notion, celle d'équité.

**25. L'équité** L'équité n'est pas une notion simple à définir<sup>73</sup>. Comme le soulignait fort justement le doyen Carbonnier : « elle se sent, elle ne se définit pas »<sup>74</sup>. Toutefois, certains auteurs se sont efforcés de la définir. Le Vocabulaire juridique en donne ainsi six acceptions différentes<sup>75</sup>. Parmi celles-ci on peut noter que l'équité est définie comme la « Justice fondée sur l'égalité » ou encore « la justice du cas particulier ; effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales », ou enfin « justice supérieure au Droit positif, justice idéale, Droit naturel ». Dans le dictionnaire québécois de droit privé et lexique bilingue relatif aux obligations<sup>76</sup>, l'équité est définie comme une « Forme de justice visant à préserver l'équilibre des intérêts en présence. L'équité prend diverses formes. Dans certains cas, la règle générale est modifiée pour être adaptée à certaines situations, dans d'autres cas elle est complétée par des règles particulières, dans d'autres encore la règle générale est mise de côté, implicitement ou expressément, pour être remplacée par une autre règle dans un contexte particulier. Ces dérogations sont effectuées tantôt par le juge, tantôt par le législateur ».

**26.** L'équité est diversement interprétée suivant qu'elle est prise en compte par des historiens, des philosophes ou encore des juristes<sup>77</sup>. Elle peut être définie en opposition par rapport à la loi, dans le sens où elle permet de remédier à la rigueur de cette loi. Mais il s'agit

---

<sup>72</sup> *Dictionnaire Larousse illustré 2004*.

<sup>73</sup> Voir Bellet Pierre, « Le juge et l'équité », dans *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9 ou Baudouin Jean-Louis et Jobin Gabriel, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2006, n°93, p. 131. Voir également Albiges Christophe, « Equité », *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2011. Il est de même avec la notion d'*equity* en droit anglo-canadien, voir Greville Hanbury Harold, *Essays in equity*, Ed. Scientia Verlag Aalen, 1977, p. 23.

<sup>74</sup> Carbonnier Jean, « Les notions à contenu variables dans le droit français de la famille », dans *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond, Travaux du Centre national de recherches de logique, Ed. Bruylant, 1984, p. 99, et plus particulièrement p. 106.

<sup>75</sup> Association Capitant, *Vocabulaire juridique*, Ed. PUF, 2011, p. 408.

<sup>76</sup> *Dictionnaire de droit privé et de lexique bilingue, Les obligations*, Comité de rédaction : Allard France, Bich Marie-France, Brisson Jean-Maurice, Charpentier Elise, Crépeau Paul-A., Devinat Mathieu, Emerich Yaëll, Forget Patrick et Kassirer Nicholas, Ed. Yvon Blais, 2003.

<sup>77</sup> Voir Cumyn Michèle, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2003, p. 53.

là d'un rôle de l'équité et non d'une définition en tant que telle. De toutes ces définitions, deux semblent toutefois particulièrement ressortir et ceci si, à l'instar de Mme Cumyn, on rapproche l'équité de l'*equity* anglaise. Le premier sens serait celui d'égalité, de justice et d'impartialité. Le second sens donné à l'équité est celui qui intervient en opposition au droit positif ou à la lettre de la loi. Ainsi le dictionnaire Larousse<sup>78</sup> définit, dans une seconde acception, l'équité comme une « justice naturelle ou morale, considérée indépendamment du droit en vigueur ». Le doyen Carbonnier<sup>79</sup> distinguait également l'équité qu'il qualifiait d'objective de celle qu'il qualifiait de subjective. L'équité objective est, selon lui, un « système de règles de droit que les juges sont amenés à créer en parallèle au système préexistant, devenu trop rigide, afin de l'assouplir, de l'adapter aux transformations de la société et aux changements de la sensibilité morale ». Il s'agit alors d'humaniser le droit, « le juste juridique »<sup>80</sup>. Le meilleur exemple de cette notion d'équité objective est certainement, en droit anglais, la création du corps de règle de l'*equity*, ensemble de règles jurisprudentielles qui ont été créées dans l'objectif essentiel de contrer la rigidité de la *common law*<sup>81</sup>. L'équité subjective, pour sa part, correspond plus à la vision d'Aristote et aux jugements d'équité. Dans le cadre de cette équité, les juges n'envisagent en effet pas de créer une règle de droit générale mais plutôt d'écarter au cas par cas des lois qui leur sembleraient trop injustes<sup>82</sup>. Il s'agit certainement là du cas le plus fréquent et aussi le moins choquant dans le sens où il est généralement implicite et donc plus discret.

**27. L'équité en France** L'équité est généralement envisagée par les juristes français comme du « non – droit »<sup>83</sup> et apparaît avant tout comme une menace face à la loi écrite qui assure la stabilité et la sécurité juridique, alors que l'équité dépend de la seule volonté des juges<sup>84</sup>. L'histoire du droit français est en particulier marquée par le rejet total de l'équité au moment de la révolution, en opposition à la jurisprudence des Parlements de l'ancien régime. Elle n'est pas considérée comme une source du droit et n'a pas donné lieu, contrairement aux pays de *common law*, à la création d'un corpus juridique particulier. Aujourd'hui encore, il

---

<sup>78</sup> *Dictionnaire Larousse illustré 2004*, sous « équité ».

<sup>79</sup> Carbonnier Jean, *Droit civil, Introduction*, 26<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF 1999, n°14, p. 39 et s.

<sup>80</sup> Agostini Eric, « L'équité », *D.* 1978, chron. p. 7, p. 7.

<sup>81</sup> Voir Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *Eléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, éd. Carswell, 1997, p. 30 et s.

<sup>82</sup> M. Jeanneau parle aussi d'équité individuelle dans ce cas, en opposition à l'équité générale qui correspond à l'équité objective vue précédemment, Jeanneau Benoît, « Le traitement de l'équité en droit français », dans *Travaux de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. XXXIII, 1970, Cujas, p. 21, p. 22 et s.

<sup>83</sup> Voir Sak Hans, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *R.R.J.* 2002-4, p. 1679, p. 1682.

<sup>84</sup> Nivet François, « Equité et légalité », *Justices* 1998 n°9 p. 157.

n'est pas rare que tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat cassent des décisions ayant pour seul fondement l'équité : le juge doit rendre une décision conformément au droit en vigueur et non conformément à l'équité<sup>85</sup>. Néanmoins, dire qu'elle ne joue aucun rôle en droit français serait aller trop loin. En effet, comme le soulignent M. Malaurie et M. Morvan, si l'équité n'est pas une source de droit, elle est une source d'inspiration du droit positif<sup>86</sup>. En droit français, elle intervient de trois façons. Il existe tout d'abord une équité *intra* ou *secundum legem*, expressément prévue par le législateur par un renvoi à cette équité dans le texte même de la loi. C'est ainsi que l'article 1135 du Code civil français prévoit que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». Le juge doit faire appel à l'équité pour déterminer les obligations des parties. Parfois, et ensuite, une équité *praeter legem* peut intervenir en présence d'un vide juridique par la création d'une nouvelle règle jurisprudentielle et enfin il apparaît une équité *contra legem* qui s'oppose à l'application d'un texte en vigueur.

**28. L'équité au Québec** Le droit québécois, de tradition civiliste, a toujours été particulièrement influencé par le droit français. Toutefois, il est allé plus loin que le droit français en la matière et si l'équité était présente dès l'adoption du Code civil du Bas-Canada<sup>87</sup>, en 1964, on a inséré dans ce Code une section intitulée « De l'équité dans certains contrats »<sup>88</sup>. On a alors consacré pour la première fois l'équité comme moyen de moraliser le contrat. Elle a vu son rôle s'intensifier avec l'adoption du nouveau Code civil du Québec et est aujourd'hui considérée comme un des principes généraux du droit des obligations<sup>89</sup>. Bien que n'étant pas directement citée par le législateur, les auteurs considèrent qu'elle est sous-jacente au principe de bonne foi prévu dans le Code civil, qui est un des principes de base du Code civil<sup>90</sup>. Cette présence est renforcée par la codification de la jurisprudence fondée sur

---

<sup>85</sup> Nivet François, *op. cit.* p. 166.

<sup>86</sup> Malaurie Philippe et Morvan Patrick, *Introduction générale*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2005, n°37 p. 36 et s.

<sup>87</sup> Beaudouin Louis et Jobin Gabriel, *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2006, n°95, p. 135., c'est ainsi que l'équité se retrouvait dans les dispositions relatives au droit d'accession (Art. 429 al. 1<sup>er</sup> C.c.B.C. : « le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières, appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ») et aussi les obligations implicites (Art. 1024 C.c.B.C. : les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi »).

<sup>88</sup> Pour des commentaires sur le sujet voir Mayrand Albert, « De l'équité dans certains contrats, nouvelle section du Code civil », dans *Lois nouvelles*, Ed. Les Presses de l'Université de Montréal, 1964, p. 51.

<sup>89</sup> Baudouin Jean-Louis et Jobin Pierre-Gabriel, *Les obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 1998, n°86 p. 109.

<sup>90</sup> L'article 6 du titre 1 consacré à la jouissance et à l'exercice des droits civils (Livre 1 des personnes), prévoit que « toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi » et l'article 7 :

l'équité, dont celle relative à l'enrichissement sans cause, et par l'adoption de nouvelles règles comme celles relatives à l'annulation ou à la réduction d'une clause abusive en droit des contrats<sup>91</sup>.

**29. L'équité en droit fédéral canadien** Très influencées par le droit anglais, les provinces canadiennes anglophones ont adopté des *judicatures acts* permettant aux tribunaux d'appliquer tant la *common law* que l'*equity*<sup>92</sup>. Cette dernière reste donc appliquée dans ces provinces. De plus, même si le droit fédéral canadien et des provinces anglophones est de plus en plus légiféré, les tribunaux conservent toujours un important pouvoir d'interprétation<sup>93</sup>, pouvoir qui peut alors être très large et donner une part importante à l'équité et nous verrons alors que, dans le cadre des relations familiales, la Cour suprême a fait une interprétation très large de la fiducie, elle-même issue de l'*equity*, afin de permettre à un conjoint appauvri d'obtenir un véritable droit de propriété sur un bien de son conjoint<sup>94</sup>.

**30. L'équité en droit de la famille** Si l'équité occupe une place importante dans les droits de la famille des provinces anglophones, elle n'est pas absente du droit de la famille français. Le doyen Carbonnier considérait que le législateur, pour remédier à la durée des relations familiales et aux fluctuations de la monnaie, s'en remettait en désespoir de cause au juge pour rééquilibrer définitivement, en équité, les comptes des parties<sup>95</sup>. L'équité permet de pouvoir adapter à chaque situation familiale le droit en vigueur et respecte donc particulièrement la diversité des familles. En droit français du divorce, elle intervient même directement comme *secundum legem* et s'il en était ainsi avec l'indemnité exceptionnelle de l'ancien article 280-1 du Code civil, elle continue à jouer un rôle dans le cadre de la prestation compensatoire, le juge pouvant refuser, dans des cas déterminés, une telle prestation au nom

---

« aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi ».

<sup>91</sup> Jobin Pierre-Gabriel, « L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse – En quête d'équité et de justice*, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 473 et s.

<sup>92</sup> Voir à titre d'exemple le *judicature act* du Yukon, *Loi sur l'organisation judiciaire*, chapitre 128, (<http://www.gov.yk.ca/legislation/acts/judicature.pdf>) qui prévoit dans son article 7 que « Dans toute cause ou toute affaire civile dont est saisie la Cour, la *common law* et l'*equity* sont appliquées selon les règles prévues aux articles 8 à 17. *L.R., ch. 96, art.* ».

<sup>93</sup> Voir Poirier Donald et Debruche Anne-Françoise, *Introduction générale à la common law*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 436.

<sup>94</sup> Voir n° 436 et s.

<sup>95</sup> Carbonnier Jean, « Les notions à contenu variables dans le droit français de la famille », dans *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond, Travaux du Centre national de recherches de logique, Ed. Bruylant, 1984, p. 99, et plus particulièrement p. 106.

de l'équité<sup>96</sup>. Outre ces cas, nous verrons que l'équité a joué un rôle fondamental pour dédommager un conjoint qui a travaillé bénévolement pour l'autre et ce tant en droit français, qu'en droit québécois et dans le droit des provinces anglophones. Elle est essentielle dans le cadre de la prestation compensatoire française ainsi que pour la pension alimentaire entre ex-époux canadienne. Elle a aussi été une source d'inspiration de certains textes législatifs. Elle l'a été plus particulièrement pour le législateur québécois dans un domaine où jusque là on s'était gardé de la faire intervenir : les régimes matrimoniaux. Les régimes matrimoniaux sont en effet un des domaines où la liberté des conjoints est la plus respectée et où les juges n'interviennent que pour constater l'application du régime sans pouvoir corriger les effets pervers de celui-ci. Les époux ont choisi ce régime, il leur revient d'en assumer les conséquences. Au Québec, les juges ont toujours respecté cette règle et c'est le législateur qui, constatant les injustices flagrantes qui peuvent résulter de la séparation de biens, a mis en œuvre au nom de l'équité un nouveau « régime matrimonial impératif », le patrimoine familial.

**31. L'alimentaire** Outre la compensation, l'équité et la faute, un dernier fondement peut être envisagé pour les règlements pécuniaires entre ex-époux : l'alimentaire. L'alimentaire est, selon le Vocabulaire juridique, « ce qui a trait aux aliments », quant au dictionnaire Larousse, il le définit comme ce qui est « propre à servir d'aliment ». Il est donc nécessaire d'expliquer ce que sont les aliments pour déterminer ce qu'est l'alimentaire. Les aliments sont les « choses nécessaires à la vie, qu'en vertu d'un de devoir de solidarité familiale, celui qui le peut doit fournir à son parent (ou allié) dans le besoin, en général sous forme de pension, compte tenu des besoins et des ressources du créancier et du débiteur »<sup>97</sup>. La notion d'alimentaire implique donc une idée de solidarité entre deux personnes, l'une dans le besoin et l'autre ayant les moyens de subvenir à ces besoins. Cette solidarité est le plus souvent familiale mais elle peut aussi être contractuelle, découler d'une obligation naturelle et intervenir en dehors de tout lien familial<sup>98</sup>. Envisager une telle solidarité entre les époux au moment où ils se séparent est, au premier abord, loin d'être évident. Mais l'étude des droits français et canadien, nous amènera à constater que ce fondement a toujours été sous-jacent à

---

<sup>96</sup> Art. 270 al. 3 C.civ.

<sup>97</sup> Association Capitant, *Vocabulaire juridique*, Ed. PUF, 2011, p. 55.

<sup>98</sup> Kornprobst Marie, Bosse-Platière Hubert, Mullot-Thiébaud Aurore, « Obligation alimentaire », *Encyclopédie Dalloz*, septembre 2012, n°2.

certaines de ces règlements pécuniaires et a même été ouvertement reconnu par la Cour suprême du Canada<sup>99</sup>.

**32.** A travers l'étude des droits français, canadien et québécois, nous analyserons l'évolution de ces différents fondements depuis une quarantaine d'années et le remplacement progressif de la faute au profit de l'indemnitaire et de l'équité. Quant au fondement alimentaire, sa place a toujours été particulière. Nous constaterons toutefois que s'il a pu être présent dans le passé, il nous intéressera tout autant lorsque nous envisagerons l'avenir. Cette étude comparée mettra également en exergue la possible confusion qui peut intervenir entre les différents fondements pour une même institution et nous permettra de nous interroger sur la nécessité d'identifier pour une institution déterminée un fondement unique. Une telle confusion et cohabitation des fondements amène en effet à des jurisprudences fluctuantes et à une certaine incompréhension. En réponse à ce constat, nous proposerons alors de nouvelles institutions et chercherons également à voir quelle place peut avoir la contractualisation dans le cadre des règlements pécuniaires entre ex-époux.

**33.** Notre étude aurait pu s'arrêter à la simple étude des règlements pécuniaires entre ex-conjoints mariés. Toutefois, au regard de l'actualité québécoise, avec la désormais célèbre affaire « Lola »<sup>100</sup>, mais aussi de l'évolution constatée en France comme au Canada, l'étude de ces règlements ne peut être plus effectuée sans s'interroger sur une possible extension de ceux-ci aux ex-conjoints non mariés. La protection dont bénéficie un ex-époux dans le besoin suite au divorce vaut en effet tout autant pour un ex-concubin ou pacsé dans la même situation et le Québec est actuellement en train de réfléchir à la possibilité de repenser totalement son droit de la famille en ne tenant plus compte du seul statut des personnes mariées ou non mais de la présence d'enfants ou non au sein du couple<sup>101</sup>.

**34.** Ainsi après avoir étudié l'évolution des fondements des différents règlements pécuniaires entre ex-conjoints en France et au Canada (Partie I), nous nous attacherons à rechercher et proposer de nouveaux règlements pécuniaires post-divorce qui pourront, dans

---

<sup>99</sup> Voir infra *Moge c. Moge*, [1993] 43 R.F.L. 345.

<sup>100</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5, voir Roy Alain, « Affaire Eric c. Lola – une fin aux allures de commencement », Conférence des juristes d'état, Québec, 9 avril 2013, publié sur le site internet de la conférence des juristes, voir p. 259 et s.

<sup>101</sup> Voir la lettre adressée par M. Le Professeur Alain Roy au Ministre de la Justice le 12 septembre 2013, lettre publiée sur site du Ministère de la Justice du Québec, <http://www.justice.gouv.qc.ca>, dans la partie publications/rapports.

une certaine mesure nous le verrons, également être étendus aux conséquences de la séparation des couples non mariés (Partie II).

**PARTIE I** : L'évolution des fondements : de la faute à l'équité

**PARTIE II** : La recherche de nouveaux règlements pécuniaires post-séparation

## PARTIE I : L'EVOLUTION DES FONDEMENTS : DE LA FAUTE A L'EQUITE

35. Le divorce n'a pas toujours été accepté en France et au Canada et encore moins dans la province du Québec. En France et dans les provinces anglophones canadiennes, il a fallu attendre les XVIII et XIX<sup>ème</sup> siècles pour que les époux puissent dissoudre leur mariage avant le décès de l'un d'entre eux. Dans les droits de ces pays et provinces, la faute a alors joué un rôle fondamental pour l'acceptation du divorce.

36. En effet, si, au moment de la révolution de 1789, la France a introduit largement le divorce, celui-ci étant même prévu pour simple incompatibilité d'humeur<sup>102</sup>, ce fut pour mieux le limiter lors de l'adoption du Code civil du 1804 en faisant prévaloir l'idée de divorce sanction<sup>103</sup>, puis le faire totalement disparaître lors du retour de la monarchie en 1816<sup>104</sup>. Il fallut attendre la loi Naquet du 27 juillet 1884 et de nombreuses discussions pour que le divorce soit réintroduit dans le droit français sous la forme du divorce pour faute.

37. A la suite de la publication de son livre intitulé *Religion, propriété et famille*, le député Naquet avait en effet soumis en 1876 une proposition de loi introduisant de nouveau le divorce dans le droit français. Cette proposition avait pour objectif de réintroduire un divorce pour cause élargie mais face à l'opposition qu'elle a soulevée au plan moral elle fut restreinte. Parmi les opposants, le philosophe Emile Durkheim, bien que reconnaissant la forme de plus en plus individualiste de la famille et la mise en place progressive de la famille moderne, continuait de refuser le divorce au nom de la protection des enfants<sup>105</sup>. Cette conception anti-divorce pouvait d'ailleurs sembler paradoxale, puisque Durkheim reconnaissait lui-même le caractère de plus en plus important de la volonté et de la liberté individuelle et ne donnait plus qu'une place secondaire aux enfants au sein du couple<sup>106</sup>. Ce paradoxe était alors

---

<sup>102</sup> *Décret du 20 septembre 1792*, trois groupes de cause de divorce étaient alors prévues : le consentement mutuel, l'incompatibilité d'humeur ou de caractère, le divorce pour motifs déterminés, parmi lesquels les sévices ou injures graves ou encore le dérèglement des mœurs, voir Lévy Jean-Philippe et Castaldo André, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2010, n°117 et s. p. 145 et s.

<sup>103</sup> Les causes du divorce étaient alors les suivantes : adultère de la femme ou du mari, condamnation à une peine infamante, sévices ou injures graves. Le consentement mutuel était également permis mais était encadré par des conditions d'âge (le mari devait avoir plus de 25 ans, la femme entre 21 et 45 ans), de durée du mariage (plus de 2 ans, moins de 20 ans), le consentement de tous les ascendants devait être donné, la moitié des biens devaient être donnée aux enfants nés du mariage et les conjoints ne pouvaient pas se remarier avant trois ans, Lévy Jean-Philippe et Castaldo André, *op. cit.*, n°118 p. 146.

<sup>104</sup> *Loi Bonald du 8 mai 1816*.

<sup>105</sup> De Singly François, *Sociologie de la famille contemporaine*, Ed. Nathan, Collection Sociologie 128, 1993, p. 15.

<sup>106</sup> De Singly François, *op. cit.*



symptomatique de la société de l'époque qui, tout en reconnaissant la liberté de chacun, avait encore du mal à accepter le divorce. Ce fut donc la faute et donc la limitation stricte de la conception de divorce au divorce sanction qui permit à ce dernier d'être réintroduit dans le droit français.

**38.** Dans les provinces canadiennes anglophones, la faute joua également un rôle fondamental dans les premières lois réglementant le divorce. Ces provinces, protestantes, soit se sont inspirées soit étaient soumises au droit anglais en la matière et reconnaissaient le divorce sous la forme exclusive du divorce sanction. Depuis Henri VIII et l'apparition de l'anglicanisme, le droit anglais avait progressivement construit un droit du divorce basé sur la faute et définitivement reconnu ce dernier avec le *Court of Divorce and Matrimonial Causes Act* de 1857. Selon les dispositions de cette loi qui s'appliquait alors au Manitoba, en Saskatchewan, en Colombie Britannique et en Alberta<sup>107</sup>, la seule cause de divorce était l'adultère<sup>108</sup>. La loi sur le divorce de la Nouvelle Ecosse de 1758 était toutefois plus large et acceptait, en plus de l'adultère, l'abandon sans soutien pendant une période de trois ans<sup>109</sup>. En 1761, cette condition d'abandon fut néanmoins abrogée pour être remplacée par celle de cruauté. Quant au Nouveau Brunswick, la Loi de 1787 réformée en 1791 acceptait tant l'adultère que l'impuissance, la frigidité et la consanguinité aux degrés prohibés comme causes de divorce.

**39.** Les lois privées rendues par le Parlement fédéral pour les époux qui vivaient dans des provinces n'acceptant pas le divorce, comme le Québec, ou qui n'avaient pas de tribunal ayant la compétence pour prononcer le divorce, ne requéraient pas de motif particulier (tout motif étant accepté) voire même aucun motif<sup>110</sup>. Généralement, elles suivaient toutefois les

---

<sup>107</sup> Ceci en vertu de différentes décisions du *Privy Council* qui décidèrent de l'application de la Loi anglaise sur le divorce de 1857 aussi longtemps qu'il n'y aurait pas d'incompatibilité avec le droit local et donc avec le droit fédéral canadien. Pour la Colombie Britannique ce fut la décision *Watts v. Watts* [P.C.] [1908] AC 573, qui s'appliqua, pour le Manitoba *Walkers v. Walkers* [P.C.] [1919] 2 WWR 935, pour l'Alberta la décision *Board v. Board* [P.C.] [1919] 2 WWR 940, et pour le Saskatchewan la décision fut de la Cour d'appel, *Fletcher v. Fletcher* [1920] 1 WWR 5. Voir aussi pour ces différentes provinces Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 14 et s.

<sup>108</sup> *Rapport du Comité spécial mixte du sénat et de la chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce*, juin 1967, p. 67 et s.

<sup>109</sup> *Rapport Comité spécial mixte du sénat et de la chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce*, op. cit., p. 48, la Nouvelle Ecosse adopta ainsi le Divorce Act, 17 Geo II, ch. 17, voir Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 8. Cette loi fut ensuite amendée en 1761, puis en 1841, 1864 puis 1866 avant d'être revue en 1955.

<sup>110</sup> Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 168, Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*,

dispositions prévues dans la Loi sur le divorce et les affaires matrimoniales de 1857 telle qu'elle fut amendée en 1925<sup>111</sup>. Ainsi la majorité des divorces parlementaires étaient prononcés pour cause d'adultère mais il était également possible d'invoquer le viol, la sodomie ou la bestialité même si ces trois cas s'avéraient en réalité beaucoup plus rares. La loi de 1925 avait ouvert plus largement le divorce à l'épouse puisqu'elle ne devait plus prouver que son mari avait commis soit un adultère incestueux soit, à la fois, la bigamie et l'adultère<sup>112</sup>. Les motifs des divorces prononcés par le Parlement, de même que ceux rendus par les tribunaux des provinces de *common law*, étaient donc fondés largement sur l'idée de faute.

**40.** Tant le droit français que le droit des provinces anglophones et les lois privées rendues par le Parlement fédéral, puis le Sénat au Canada<sup>113</sup>, avaient donc retenu comme type de divorce le divorce sanction. Si le mariage devait être dissout, il ne devait l'être qu'en raison d'une faute commise par l'un des époux et l'époux fautif devait alors être sanctionné. Le droit français lui refusait ainsi, entre autre, toute pension alimentaire<sup>114</sup>. Certaines provinces anglophones canadiennes admettaient également la possibilité de priver une femme du droit d'obtenir une pension alimentaire si elle avait trompé son mari<sup>115</sup>.

**41.** A la veille des grandes réformes française et canadienne des années soixante et soixante-dix, le droit du divorce était donc fortement marqué par la faute. Mais, les sociétés française et canadienne n'étaient plus prêtes à accepter cette faute comme seul fondement et l'on assista, d'une part, au déclin progressif de la faute (Titre I) et, d'autre part, à l'apparition d'un nouveau fondement, l'équité, qui témoigne d'une véritable volonté d'égalisation dans les règlements pécuniaires entre ex-époux (Titre II).

**Titre 1 :** Le déclin de la faute

**Titre 2 :** L'équité et la nouvelle volonté d'égalisation

---

5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 437 et s., Pineau Jean, *Droit applicable au lendemain de la loi « 89*», Ed. Les presses de l'Université de Montréal, 1983, p. 142.

<sup>111</sup> Coulombe Gérard, « Le divorce au Canada avant le Bill C-187 : causes et effets », (1967-1968) 4 *Justinien* 104, p. 109.

<sup>112</sup> *Rapport du Comité spécial mixte du sénat et de la chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>113</sup> *Loi sur la dissolution et l'annulation du mariage*, S.C. 1963, ch. 10, voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n° 258 et s., p. 313 et s.

<sup>114</sup> Ancien article 301 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>115</sup> Voir par exemple l'Ontario, Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 531.

## TITRE I : LE DECLIN DE LA FAUTE

42. La faute a progressivement perdu sa place dans les conditions même du divorce. En droit français, la loi de 1975<sup>116</sup> a permis de passer d'un divorce exclusivement pour faute à un divorce à la carte avec quatre cas: divorce sur demande conjointe<sup>117</sup>, divorce demandé par un époux et accepté par l'autre<sup>118</sup>, divorce pour rupture de la vie commune<sup>119</sup> et divorce pour faute<sup>120</sup>. Si certains émirent la volonté au début des années 2000 de faire disparaître totalement le divorce pour faute<sup>121</sup>, cette option ne fut pas retenue par le législateur et le divorce pour faute demeure, après la réforme du 26 mai 2004<sup>122</sup>, l'un des quatre cas de divorces en France au côté du divorce par consentement mutuel, du divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage et du divorce pour altération définitive du lien conjugal<sup>123</sup>.

43. En droit canadien, la Loi sur le divorce de 1968<sup>124</sup> rejeta également la faute comme cause unique de divorce et permit le divorce non seulement en cas d'adultère, de sodomie, bestialité ou viol, d'homosexualité, de bigamie ou de cruauté mais aussi lorsque les époux ont vécu séparés soit parce que l'un a quitté le foyer depuis cinq années ou a été emprisonné ou encore s'est adonné de façon excessive à l'alcool ou à un stupéfiant<sup>125</sup>. A côté de la faute, cette loi reconnaissait pour la première fois le concept de l'échec permanent du mariage<sup>126</sup>. La Loi de 1985<sup>127</sup> apparaît alors comme l'étape suivante et comme une véritable avancée en matière d'objectivation du divorce puisque désormais l'un ou les deux conjoints peuvent demander le divorce pour cause d'échec du mariage, l'échec étant établi soit par une séparation d'au moins une année soit lorsque l'adultère a été commis ou lorsque l'un des

---

<sup>116</sup> Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>117</sup> Anciens art. 230 et s. C.civ.

<sup>118</sup> Anciens art. 233 et s. C.civ.

<sup>119</sup> Anciens art. 237 et s. C.civ.

<sup>120</sup> Anciens art. 242 et s. C.civ.

<sup>121</sup> Assemblée nationale, Proposition de loi de François Colcombet relative à la réforme du divorce, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001, trouvée sur <http://www.assemblee-nationale.fr/propositions/pion3189.asp>

<sup>122</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>123</sup> Art. 229 C.civ.

<sup>124</sup> Loi sur le divorce, 1968 (Can.), S.C. 1967-68, c. 24.

<sup>125</sup> Art. 3 de la Loi sur le divorce, *op. cit.*.

<sup>126</sup> Laviolette Nicole et Audet Julie, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 54.

<sup>127</sup> Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>ème</sup> suppl.)

époux a traité l'autre avec une cruauté physique ou mentale qui rend intolérable le maintien de la cohabitation<sup>128</sup>.

**44.** Ainsi, tant en droit canadien qu'en droit français, la faute a perdu sa place de cause principale de divorce et à la notion de divorce sanction est venue s'adjoindre la notion de divorce faillite<sup>129</sup>. Dans les deux droits, la faute n'a pas totalement disparu : le divorce pour faute demeure expressément un cas de divorce en France. Quant à l'échec du mariage en droit canadien, il peut être prouvé par la faute (adultère ou cruauté) de l'un des conjoints et dire que le divorce canadien est un divorce purement objectif serait nier cette réalité.

**45.** La faute est donc toujours présente dans les causes de divorce, qu'en est-il alors dans les conséquences de celui-ci ? S'il semble que la disparition de la faute soit souhaitée dans le cadre des conséquences du divorce et plus particulièrement en ce qui concerne les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce (chapitre I), de même que pour les causes du divorce, une certaine survie de cette faute apparaît comme nécessaire (chapitre II).

**Chapitre I :** Une disparition souhaitée

**Chapitre II :** Une survie nécessaire

---

<sup>128</sup> Article 8(2) de la *Loi sur le divorce*.

<sup>129</sup> Ou « divorce remède » au Québec.

## CHAPITRE I : UNE DISPARITION SOUHAITEE

46. La faute qui avait permis au divorce d'être accepté par la société française et celle canadienne, a progressivement perdu la faveur de ces dernières. Celles-ci en sont même arrivées au cours du XXème siècle à souhaiter sa disparition du divorce et de ses conséquences. Différentes raisons sont alors à l'origine de ce changement de mentalité (section I) et, si ce mouvement sociologique de fond a eu pour conséquence l'apparition du divorce faillite au côté du divorce sanction parmi les causes de divorce, il a également permis une transformation profonde des conséquences du divorce qui étaient jusque là marquées par la faute (section 2).

### SECTION I : LES RAISONS DE L'OBJECTIVATION DU DROIT DU DIVORCE ET DONC DE LA DISPARITION DE LA FAUTE

47. Deux mouvements sociologiques sont à l'origine de cette objectivation juridique du droit du divorce et de ses conséquences. On peut constater, d'une part, une profonde restructuration de la famille qui a fait que l'on est passé de l'intérêt commun de la famille à celles des intérêts particuliers de chacun des membres de celle-ci (I). D'autre part, une volonté de pacification de la famille (II), en particulier dans l'intérêt des enfants et de leurs relations avec leurs parents, a amené à un véritable rejet de la faute et une dédramatisation du divorce<sup>130</sup>.

#### § 1. DE L'INTERET COMMUN DE LA FAMILLE A LA SOMME DES INTERETS PARTICULIERS DE SES MEMBRES

48. Au cours des deux derniers siècles, on a pu remarquer une évolution fondamentale dans la structure même de la famille. Celle-ci est passée d'une structure traditionnelle à une structure moderne, voire « post-moderne »<sup>131</sup> ou « contre-modèle » selon les termes de la sociologue québécoise Jocelyne Valois<sup>132</sup>. Cette double évolution est marquée d'une part par l'émergence de l'amour au sein des relations familiales (A), et d'autre part par la forte individualisation qui touche actuellement les relations familiales (B).

---

<sup>130</sup> Voir Himmi-Mehrabi Myriam, *La dédramatisation du divorce dans la législation contemporaine*, Thèse dactylographiée, Université Paris II, 2006.

<sup>131</sup> De Singly François, *Sociologie de la famille contemporaine*, Sociologie 128, Nathan Université, 1993, p. 88.

<sup>132</sup> Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC Inc., 1998, p. 44.

## A. La reconnaissance des relations amoureuses au sein des relations familiales

49. La famille jusqu'au XIX<sup>ème</sup> siècle était considérée comme la structure de base de la société et, de même que cette société, était organisée sur un modèle hiérarchisée. Cette famille qualifiée de « traditionnelle »<sup>133</sup> était dominée par le père, véritable patriarche. Le père représentait le symbole de l'autorité et de la morale. La mère, pour sa part, assumait le côté sentimental de la famille et faisait en sorte que son foyer fonctionne. La famille constituait une véritable cellule économique en tant que telle et il n'était pas rare de voir l'épouse travailler dans l'entreprise de son époux. Au Québec, cette famille était aussi et avant tout une famille rurale et agraire<sup>134</sup>. On parle de famille « communauté »<sup>135</sup> où l'intégralité des membres de la famille travaillait sur l'exploitation agricole.

50. S'il pouvait exister de l'amitié entre les conjoints, les sentiments amoureux n'étaient pas toujours présents. Les mariages correspondaient en effet avant tout à des arrangements de famille et intervenaient dans un objectif essentiellement patrimonial. Une des caractéristiques fondamentales de ces mariages était leur stabilité et par là-même leur indissolubilité. Fondamentalement religieux, du moins à partir du moment où l'église catholique réussit à imposer ses préceptes, ces mariages se devaient donc de perdurer tant que l'un des époux n'était pas décédé<sup>136</sup>.

51. Cette structure familiale rigide fut remise en cause au cours des XIX et XX<sup>èmes</sup> siècles par l'apparition de l'amour dans les relations conjugales. S'il est fréquemment soutenu que l'amour romantique est apparu dans les relations conjugales sous l'influence du courant artistique romantique, l'Eglise n'est pas étrangère à cette apparition des sentiments entre les conjoints<sup>137</sup>. En effet, dès les débuts du christianisme et de la mise en œuvre du mariage chrétien, la religion a insisté sur le fait que le mariage pour être valide devait recueillir le consentement des deux conjoints et non pas de leurs seules familles comme cela était possible antérieurement. Les époux avaient donc leur mot à dire quant au choix de leur conjoint. Cette vision du mariage consensuel fut reprise par la religion protestante mais aussi par les puritains

---

<sup>133</sup> Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 62.

<sup>134</sup> Voir Lacourse Marie-Thérèse, *Famille et société*, 3<sup>ème</sup> éd., Ed. Chenelière éducation, 2005, p. 33.

<sup>135</sup> Lacourse Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 34.

<sup>136</sup> Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 44 et s.

<sup>137</sup> Dagenais Daniel, *La fin de la famille moderne, Significations des transformations contemporaines de la famille*, Ed. Presses de l'Université Laval, 2000, p. 170.

nord-américains. Si ces derniers ne paraissent pas vraiment aller vers le modernisme familial, ils ont tout de même contribué à l'intégration de l'amour dans la famille ainsi que nous le fait remarquer M. Dagenais<sup>138</sup>.

**52.** Malgré les premières apparitions des sentiments amoureux dans les relations conjugales dès le XVI<sup>ème</sup> siècle<sup>139</sup>, c'est surtout au cours du XIX<sup>ème</sup> siècle en France et au début du XX<sup>ème</sup> siècle au Québec<sup>140</sup> que s'est mis en place le modèle de la « famille moderne » fondé sur l'amour. Par ce modèle, la famille qui se voulait antérieurement un lieu de sécurité économique devient désormais un lieu de sécurité affective<sup>141</sup>. L'amour fonde les relations conjugales. Ces dernières sont alors généralement celles d'un couple fusion, avec des rôles parentaux complémentaires. Dans cette « famille moderne », les rôles familiaux, et plus particulièrement l'organisation des tâches entre le mari et la femme, restent similaires à ceux de la famille traditionnelle et le mari reste le principal pourvoyeur de la famille alors que l'épouse demeure au foyer. Cette famille dite moderne demeure donc, par son organisation, dans une certaine mesure traditionnelle. L'idée de mari pourvoyeur est certainement encore plus fondamentale au Québec qu'en France. En effet, si, en France, les femmes ont travaillé très tôt et en particulier au cours des deux guerres mondiales, au Québec, les femmes étaient loin d'avoir la même place sur le marché du travail<sup>142</sup> et, alors que pendant les siècles précédents tous les membres de la famille participaient à la survie économique de la famille, le début du XX<sup>ème</sup> siècle fut marqué par l'image du père/mari pourvoyeur. Deux raisons expliquent alors cette organisation familiale. La première est que des lois sociales ont été adoptées au Québec pour protéger les femmes et les enfants « des excès du capitalisme industriel »<sup>143</sup>. La seconde est la situation économique particulièrement favorable qui a pour conséquence que le salaire seul du mari permet de faire vivre toute la famille.

**53.** Le mariage reste prépondérant dans la famille dite moderne même s'il n'est plus obligatoirement religieux ni indissoluble. En effet si l'amour fonde le mariage, sa disparition a également pour conséquence la dissolution de l'union et il est tout à fait admis que le divorce puisse entraîner la disparition de l'union pour cause de manque d'amour. M. de

---

<sup>138</sup> Dagenais Daniel, *op. cit.* p. 171 et s.

<sup>139</sup> Dagenais Daniel, *op. cit.*, p. 169, avec en particulier la cour faite par les jouvenceaux.

<sup>140</sup> Lacourse Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 45.

<sup>141</sup> Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC Inc., 1998, p. 50.

<sup>142</sup> On considérait que les femmes n'avaient aucune place dans la vie économique et la vie politique, Rocher Guy, « Les modèles et le statut de la femme canadienne-française », *Revue internationale des sciences sociales* 1962 vol. 14 n° 1 p. 132.

<sup>143</sup> Lacourse Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 49

Singly dit même que « le ver de l'amour est dans le fruit du mariage »<sup>144</sup>. Toutefois, si le divorce est accepté, la morale privilégie encore la séparation de corps.

**54.** Au Québec, la religion catholique a tenu en effet une place fondamentale tant dans la vie privée que dans la vie publique jusqu'au début des années soixante<sup>145</sup>. Ainsi, c'est l'Église qui organisait la famille, veillait sur l'éducation des enfants. Le gouvernement fédéral n'ayant pas légiféré en matière de divorce avant 1968, l'emprise de la religion catholique fortement opposée au divorce était très présente au Québec et le législateur québécois refusa d'intervenir dans ce domaine. Il n'y avait ainsi prévu dans le Code civil du Bas-Canada de 1866 que la dissolution du mariage par décès de l'un des conjoints<sup>146</sup>. En France, le retour de la monarchie et des valeurs traditionnelles à la suite des guerres napoléoniennes, limita également fortement le droit de divorcer. Néanmoins, dès l'adoption de la Loi Naquet, un nombre important de divorces fut prononcé et, alors que le législateur cherchait à limiter ce droit au divorce, la société semblait plus disposée à l'accepter. On notera d'ailleurs que la loi du 6 février 1893, qui avait pour objectif de promouvoir la séparation de corps au détriment du divorce et d'endiguer l'afflux de demandes, ne fut pas un succès<sup>147</sup>. Comme le font remarquer MM. Levy et Castaldo, le divorce était si bien rentré dans les mœurs françaises que même le gouvernement pétainiste n'osa pas l'abroger pendant la seconde guerre mondiale<sup>148</sup> et se limita à mettre des bornes au divorce pour faute en exigeant la condition supplémentaire de « violations graves et renouvelées » alors que précédemment la gravité suffisait<sup>149</sup>.

**55.** L'amour a donc fait son apparition dans la vie familiale principalement au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Son acceptation aurait dû avoir pour conséquence celle du divorce pour cause objective, la constatation de la disparition de cet amour. Mais, la famille moderne et surtout la société et le gouvernement qui la représentait, n'étaient pas encore prêts à accepter ce divorce de façon libre et illimitée. Les mœurs devaient encore évoluer et faire apparaître un élément supplémentaire à l'acceptation de l'amour conjugal pour aller jusqu'à la revendication et la reconnaissance d'un divorce pour cause objective: l'individualisation des relations familiales.

---

<sup>144</sup> De Singly François, *Sociologie de la famille contemporaine*, Sociologie 128, Nathan Université, 1993, p. 88.

<sup>145</sup> Voir Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC Inc., 1998, p. 62 et s, Corbeil Christine et Descarries Francine, « La famille : une institution sociale en mutation », *Nouvelles pratiques sociales* 2003, vol. 16 n° 1 p. 17.

<sup>146</sup> Voir l'ancien article 185 du Code civil du Bas-Canada ainsi que les remarques de Trudel sur le sujet, Trudel Gérard, *Traité de droit civil du Québec, Tome 1*, Ed. Wilson et Lafleur, 1942, p. 568 et s.

<sup>147</sup> Lévy Jean-Philippe et Castaldo André, *Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010, note 2 p. 147.

<sup>148</sup> Et ceci même si la devise instaurée par ce gouvernement était « travail, famille, patrie ».

<sup>149</sup> Lévy Jean-Philippe et Castaldo André, *op. cit.*, p. 148.



## B. L'individualisation des relations familiales

56. La famille traditionnelle était fondée sur l'intérêt essentiellement économique de celle-ci. Chacun, enfant ou parent, devait contribuer à son enrichissement. La famille moderne, pour sa part, avait pour intérêt exclusif l'affection mais aussi, et plus particulièrement, les enfants. Elle était créée dans un objectif de procréation, les enfants étaient le principal centre d'intérêt des parents qui les considéraient comme leur avenir et le partage des rôles était fait pour répondre au maximum aux besoins de ces enfants. Le passage de la famille moderne à la famille post-moderne marque le passage de l'intérêt familial commun, avant tout l'éducation des enfants, à la somme des intérêts particuliers de chacun des membres de cette famille<sup>150</sup>. Chacun vit désormais dans la famille parce qu'il y trouve son propre intérêt<sup>151</sup> et comme nous l'explique M. de Singly « aujourd'hui « la famille heureuse » est moins attractive, ce qui importe c'est d'être heureux soi-même »<sup>152</sup>. Selon Mme Lacourse, les valeurs familiales dans la famille post-moderne seraient marquées par l'hédonisme<sup>153</sup>.

57. Le passage de la famille moderne à la famille « post-moderne »<sup>154</sup> date du début des années soixante<sup>155</sup>. Au Québec, c'est la « révolution tranquille » qui est à l'origine de cette évolution<sup>156</sup>. Cette révolution constitue un véritable bouleversement dans la société québécoise et marque une véritable rupture avec la société traditionnelle fortement marquée par la religion. Au cours des années soixante, l'Etat a en effet pris une place de plus en plus importante et commencé à se substituer à l'Eglise dans les domaines où celle-ci intervenait alors traditionnellement. Ce fut en particulier le cas pour l'éducation et la création des

---

<sup>150</sup> Voir aussi Lacourse Marie-Thérèse, *Famille et société*, 3<sup>ème</sup> éd., Ed. Chenelière Education, 2005, p. 67, Noreau Pierre, « Formes et signification de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans *Démographie et famille, Les impacts sur la société de demain, Les actes du colloque*, Conseil de la famille et de l'enfance, 2001, p. 45, et plus particulièrement p. 54.

<sup>151</sup> Déchaux Jean-Hugues, *Sociologie de la famille*, Collection Repères, Ed. La découverte, 2009, p. 34.

<sup>152</sup> De Singly François, *op. cit.*, p. 89.

<sup>153</sup> Lacourse Marie-Thérèse, *op. cit.*, p. 83.

<sup>154</sup> M. De Singly préfère, pour sa part, utiliser le terme de « seconde modernité » plutôt que de « post-modernité », voir De Singly François, *Les uns et les autres. Quand l'individualisme crée le lien*, Ed. Armand Colin, 2003, p. 235.

<sup>155</sup> Voir Himmi-Mehrabi Myriam, *La dédramatisation du divorce dans la législation contemporaine, Thèse dactylographiée*, Université Paris II, 2006, p. 126.

<sup>156</sup> Voir Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC Inc., 1998, p. 86 et s.

Cégeps<sup>157</sup> marque en l'occurrence une avancée fondamentale puisque l'enseignement n'est alors plus donné par des institutions religieuses.

**58.** La société québécoise s'est également fortement urbanisée à cette époque, ce qui amplifia la perte d'influence de la religion. Enfin, une forte progression de la diversité ethnique, en particulier dans la ville de Montréal, a fait beaucoup évoluer la société et amené l'apparition d'autres valeurs que celles de la religion catholique.

**59.** Cette transformation de la société s'est également accompagnée de fortes revendications féministes tendant à mettre en place une égalité entre les hommes et les femmes et à revaloriser la place des femmes au sein de la société. Ces différentes évolutions et revendications ont alors eu une influence fondamentale sur la structure familiale et le taux de fécondité. Les femmes souhaitant de plus en plus devenir indépendantes et le coût de la vie augmentant au Québec, elles ont en effet progressivement rejoint le marché du travail. Elles y ont trouvé des intérêts autres que le simple intérêt économique et un épanouissement personnel en dehors de la famille. Les rôles féminins se sont modifiés et à côté de celui de mère, les épouses remplissent les fonctions de femmes ayant une carrière<sup>158</sup>. Elles tendent à une situation plus égalitaire avec celle des hommes<sup>159</sup>. Chacun des conjoints trouve progressivement son propre intérêt dans la famille et cherche à conserver sa liberté. La liberté et l'égalité se retrouvent dans le mariage où chacun des conjoints vit librement avec l'autre et où les femmes décident quand et dans quelles conditions elles veulent des enfants et, avec l'apparition de cette vision individualiste, la fécondité a fortement baissé<sup>160</sup>. L'augmentation de l'union libre marque également ce désir de liberté qui habite désormais les individus et aujourd'hui au Québec 37 % de tous les couples, quel que soit l'âge de leurs membres, vivent en concubinage<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> Les cégeps, collège d'enseignement général et particulier, sont des « établissements publics d'enseignement collégial où l'on offre la formation pré-universitaire et la formation technique », définition trouvée sur le site de l'office québécois de la langue française, <http://www.oqlf.gouv.qc.ca/>

<sup>158</sup> Voir Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 99.

<sup>159</sup> C'était en particulier le cas dans une enquête effectuée dans le domaine agricole au cours des années soixante, voir Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 108.

<sup>160</sup> Selon Mme Lacourse, aujourd'hui 85% des familles québécoises comptent un ou deux enfants, Lacourse Marie-Thérèse, *op. cit.* p. 73, même si aujourd'hui on assiste à un mini baby-boom au Québec, voir les derniers chiffres de la natalité sur le site de l'Institut de la statistique du Québec, <http://www.stat.gouv.qc.ca/>

<sup>161</sup> Sur 100 personnes de plus de 15 ans au Québec en 2011, 56,4 vivaient en couple et plus particulièrement 20,9 en union libre, ainsi 37,1 % des personnes de plus de 15 vivaient en couple sont en union libre, voir Institut de la statistique du Québec [http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat\\_matrm\\_marg/202\\_2011.htm](http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/etat_matrm_marg/202_2011.htm)

**60.** Une évolution vers plus de liberté et d'égalité peut également être étudiée en France. Au début des années soixante, le pays n'a pas vécu une révolution aussi fondamentale que celle qui a eu lieu au Québec. La religion avait déjà perdu de son importance depuis de nombreuses décennies. La société était néanmoins encore fondée sur l'image de la famille moderne où le mariage et le partage sexué des rôles tenaient une place fondamentale. Ainsi, jusqu'au début des années 1970, il n'existait en France qu'une seule façon de fonder une famille : le mariage<sup>162</sup>. Le début des années 70 a été marqué, d'une part, par l'augmentation des unions libres et, d'autre part, par une augmentation des divorces.

**61.** Si le divorce était déjà largement accepté avant cette période, la croissance des unions libres est, en revanche, une grande nouveauté. En France comme au Québec, elle résulte de la libération des mœurs qui a eu lieu à la fin des années soixante, de l'évolution des comportements sexuels et l'accès de plus en plus fréquent des femmes aux formations universitaires et au marché du travail, armées de diplômes. Les femmes désirent souvent l'union libre afin de conserver leur liberté et refusent le mariage qu'elles considèrent comme les enfermant dans un rôle d'épouse et de mère. Si le mariage traditionnel servait antérieurement aux femmes à s'installer dans la vie, il représente dorénavant un obstacle pour leur épanouissement personnel.

**62.** Dans ces deux sociétés, on constate alors le désir des nouvelles générations de conserver leur liberté et de considérer que leur couple existe par le fait même de leur amour et qu'ils ne resteront dans ce couple que tant qu'ils aimeront et se sentiront aimés. Cette vision individualiste de la famille ou plutôt des relations familiales nous intéresse directement dans le cadre de notre étude de l'objectivation du divorce. En effet, si les membres du couple conjugal ont la liberté d'aimer l'autre et de rester dans cette relation parce qu'elle sert leur propre bonheur, la vision individualiste de la famille a aussi pour conséquence que lorsque l'un des conjoints n'est plus heureux dans cette relation, il doit avoir la possibilité de pouvoir se défaire du lien matrimonial et de divorcer. La société n'accepte certainement plus aujourd'hui qu'un époux malheureux demeure enfermé dans les liens du mariage et cet époux sera alors le premier à réclamer un véritable droit au divorce. Ce droit au divorce, corollaire du droit à être heureux, n'est pas si anodin et a été reconnu très tôt par les pays nordiques et de l'Est de l'Europe<sup>163</sup>. Il constituait également le fondement de la proposition de loi de

---

<sup>162</sup> Ségalen Martine, *Sociologie de la famille*, 6<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2008, p. 96 et s.

<sup>163</sup> Ferrand Frédérique, « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12.

réforme du divorce déposée par M. Colcombet en juin 2001<sup>164</sup>. Dans son rapport<sup>165</sup> à l'assemblée nationale en octobre 2001, ce député précisait ainsi que sa proposition de loi instituait un véritable droit au divorce. Cette idée avait pour conséquence que toute personne, à partir du moment où elle était malheureuse pouvait demander le divorce, et ceci alors même qu'elle n'avait aucune faute à reprocher à son conjoint. Cet individualisme dans les relations familiales doublé de l'importance de l'amour au sein de ces relations implique donc une valorisation du divorce faillite au détriment du divorce pour faute. Les époux n'ayant plus de relations affectives, le mariage doit disparaître. Le divorce doit alors se limiter à la constatation de la faillite du mariage et la disparition du divorce pour faute apparaît comme souhaitable. Ce souhait est également d'autant plus fort que le divorce pour faute est critiqué aussi pour son caractère belliqueux par une société qui désire une véritable pacification du contentieux familial.

## **§ 2. LA NECESSAIRE DEDRAMATISATION ET PACIFICATION DU DIVORCE, LA PRISE EN COMPTE DES INTERETS DES ENFANTS**

**63.** Le divorce pour faute est un divorce basé sur l'existence d'un conflit entre les deux conjoints, l'un cherchant à tout prix à faire peser la faute sur l'autre. Il est généralement critiqué comme étant destructeur pour les conjoints mais aussi pour les enfants comme nous le fait remarquer Mme le juge Ganancia<sup>166</sup>. Ainsi, le premier acte fait par les époux dans le cadre de ce divorce sera un acte « d'accusation ». Cet acte a pour objectif de prouver la faute de l'autre, de le compromettre et pour cela de nier tous les bons moments qui ont pu exister au cours du mariage. Alors que dans les autres formes de divorce, on cherchera la discussion et la dédramatisation, dans le cadre du divorce pour faute, seules les accusations ont de la valeur. Pour accuser leur conjoint, les époux utilisent souvent des moyens à la limite de la décence et qui touchent à la plus profonde intimité de leur conjoint comme la lecture des journaux intimes ou les procès-verbaux d'adultère (même si l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce en droit français, il est encore possible de le faire valoir et ces procès-verbaux

---

<sup>164</sup> Assemblée nationale, *Proposition de loi n° 3189 de M. Colcombet relative à la réforme du divorce*, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001, trouvée sur <http://www.assemblee-nationale.fr/propositions/pion3189.asp>

<sup>165</sup> Assemblée nationale, Colcombet François, *Rapport n° 3299 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative au divorce*. Trouvé sur <http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r3299.asp>

<sup>166</sup> Entendue devant la délégation aux droits de la femme et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, dans Assemblée nationale, délégation aux droits de la femme et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, compte-rendu n°40 relatif à la réforme du divorce, fait par Mme Marie-France Clergeau, enregistré à l'assemblée nationale le 3 octobre 2001. Trouvé sur [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

existent toujours). Même dans le cadre des faux divorces pour fautes souvent évoqués en France, les conjoints sont obligés d'inventer ou d'exagérer certains comportements fautifs et leurs relations qui originellement n'étaient pas particulièrement mauvaises peuvent alors dégénérer.

**64.** Dès lors, la question peut se poser de savoir comment ces époux qui auront cherché à se dévaloriser mutuellement pourront continuer à entretenir des relations sinon cordiales, du moins responsables à la suite du divorce. Effectivement, le divorce pour faute prononcé, les conséquences de celui-ci sont encore loin d'être réglées. Il faut ensuite voir au partage des biens. C'est ainsi que certaines personnes disent que leur divorce a duré dix ans : une année pour le prononcé du divorce lui-même et neuf ans pour le partage des biens<sup>167</sup>.

**65.** Mais ce sont surtout les enfants qui pâtiront des conséquences de cette rupture des liens entre leurs parents. Ils pourront tout d'abord être utilisés au cours du divorce même afin de faire peser la faute sur l'un ou l'autre des conjoints. On les obligera à choisir un camp, à s'éloigner du parent considéré comme coupable et à couper ainsi le plus souvent tout lien affectif avec lui. Ce parent sera montré du doigt, dénigré aux yeux de l'enfant et il sera ensuite très difficile pour lui de reconstruire une relation avec celui-ci. Plusieurs études américaines ont en effet été faites sur la réaction des enfants face au divorce<sup>168</sup>. Quatre éléments ressortent de ces études et semblent avoir une influence fondamentale sur la façon dont l'enfant ressentira le divorce : le contexte dans lequel celui-ci s'est déroulé, la personnalité de l'enfant et son développement ainsi que la qualité des relations de l'enfant avec ses parents. Ces dernières paraissent néanmoins être le facteur le plus important et plus les relations de l'enfant avec ses parents seront bonnes, mieux le divorce sera vécu.

**66.** Le divorce pour faute ne permet donc pas de maintenir la qualité de ces relations si, par son fonctionnement même il oblige l'enfant, à titre de témoin, à prendre partie pour l'un de ses parents. Mais la situation peut encore être plus problématique lorsque, à la suite du divorce, l'enfant va être privé de toute relation avec l'un de ses parents. C'était en particulier

---

<sup>167</sup> Mme Marie-France Clergeau, enregistrée à l'assemblée nationale le 3 octobre 2001. Trouvé sur [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

<sup>168</sup> Voir Matteau Sylvie et Paradis Suzanne, « La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant », (1986) 46 *R. du B.* 815, p. 820. Voir également toute l'étude faite par Mme Irène Théry, *Le dé mariage, justice et vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1996, p. 223 et s.

le cas en France avant la réforme de 1975<sup>169</sup>. Ainsi, le divorce aux torts exclusifs de l'un des conjoints avait pour conséquence que la garde de l'enfant était attribuée, en principe, à l'époux innocent<sup>170</sup>. L'enfant perdait donc et sa stabilité familiale et l'un de ses parents. La réforme de 1975 suivie de la réforme Malhuret<sup>171</sup>, de la loi du 8 janvier 1993 et de la dernière réforme sur l'autorité parentale de 2002, a remis en cause cette solution et le principe est aujourd'hui celui de l'exercice conjoint de l'autorité parentale<sup>172</sup>. Ainsi, si le couple conjugal disparaît, le couple parental, pour sa part, subsiste.

67. L'évolution au Canada et au Québec a été similaire en ce qui concerne les relations post-divorce de l'enfant avec ses deux parents. Au Québec plus précisément, l'un des éléments fondamentaux a été le passage de la prise en considération de l'intérêt des parents à celle de l'intérêt de l'enfant. C'est à partir des années soixante dix que furent reconnus les droits de l'enfant<sup>173</sup>. L'expression de « garde de l'enfant » fit son apparition dans le Code civil du Bas-Canada pour la première fois en 1969 comme étant un attribut de la puissance paternelle. Jusqu'en 1977, cette puissance paternelle était attribuée tant au père qu'à la mère mais durant le mariage, seul le père avait l'exercice de cette autorité<sup>174</sup>. En 1977, suite aux mouvements d'égalisation des droits entre les hommes et les femmes, la notion d'autorité parentale fut introduite dans le Code civil du Bas-Canada et a alors aboli la distinction entre le père et la mère. La Loi 89 réformant le droit de la famille en 1981 et constituant la première partie adoptée du Code civil du Québec, a instauré comme unique critère d'octroi de la garde parentale l'intérêt de l'enfant<sup>175</sup>, cet intérêt devant primer sur les préjugés des juges<sup>176</sup>. Il est nécessaire de distinguer ici la notion de garde des droits de *common law* de celle de garde du droit civil québécois. En effet, dans les droits de *common law*, la garde (« custody ») correspond à l'autorité parentale et la Loi sur le divorce définit ainsi la garde : « Sont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache »<sup>177</sup>. Cette définition a été à l'origine de l'introduction en droit civil québécois de la distinction entre

<sup>169</sup> Théry Irène, *op. cit.*, p. 123 et s. Voir également Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°813 p. 513.

<sup>170</sup> Article 302 ancien du Code civil, voir également sur le sujet Carbonnier Jean, *Droit civil 2/ La famille, les Incapacités*, 8<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France, 1969, p. 153 et s.

<sup>171</sup> Loi « Malhuret » du 22 juillet 1987.

<sup>172</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, 2011, n°1523 p. 602.

<sup>173</sup> Guillet Suzanne, « Droits de l'enfant à l'occasion du litige familial », dans *Personnes, famille et successions*, Ecole du Barreau du Québec, Collection du droit 2014-2015, Ed. Yvon Blais 2014, p. 172.

<sup>174</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 831, n° 512.

<sup>175</sup> Voir l'article 33 C.c.Q. privilégiant l'intérêt de l'enfant pour toutes les décisions le concernant ainsi que l'article 514 C.c.Q. dans le cas particulier de la séparation de corps des parents et l'article 16 (8) L.D. dans le cadre du divorce.

<sup>176</sup> Voir Guillet Suzanne, *op. cit.* p. 168.

<sup>177</sup> Art. 2 L.D.

garde conjointe, garde légale et garde physique. Aujourd'hui les tribunaux québécois utilisent plutôt les termes d' « exercice conjoint de l'autorité parentale »<sup>178</sup>, termes qui correspondent mieux aux réalités du droit québécois de tradition civiliste<sup>179</sup>.

**68.** Au Canada et au Québec, la question de la conduite des parents en ce qui concerne l'attribution de la garde ne semble plus prise en considération. Il s'agit là d'une importante évolution d'autant plus remarquable que, comme nous l'explique Mme Guillet, pendant de nombreuses années la faute a été très présente dans le cadre du divorce<sup>180</sup>. La nouvelle loi sur le divorce de 1985, et en particulier son article 16 (9), est venue renforcer cette position. La conduite et la possible faute conjugale de l'un des parents ne sera plus un des éléments utilisés par le juge pour déterminer quel parent aura la garde. Néanmoins, cette conduite et cette faute pourront dans les faits avoir un impact si elles concernent directement l'enfant et mettent celui-ci en danger.

**69.** L'attribution de la garde de l'enfant n'est plus utilisée aujourd'hui comme une sanction contre l'autre conjoint. Mais, si elle est attribuée à un seul des parents, on cherche, comme en France, à favoriser les relations de l'enfant avec l'autre. C'est ce que permet l'article 16 (10) de la Loi sur le divorce. La garde partagée est désormais un type de garde qui n'a rien d'exceptionnel<sup>181</sup> et l'on cherche de plus en plus à intégrer les deux parents dans l'éducation de leurs enfants et ceci malgré leur divorce. Même si la *common law* privilégie encore un seul des deux parents à la suite du divorce<sup>182</sup>, le projet de loi C-22 qui aurait dû réformer la Loi sur le divorce de 1985 avait prévu comme principe la codirection des parents dans l'éducation des enfants<sup>183</sup>. Adopté en seconde lecture le 25 février 2003, ce projet est par la suite resté lettre morte. Un autre projet de loi instituant une « présomption de partage égal du temps parental entre les époux », fut déposé en 2009<sup>184</sup>. Il fit l'objet de critiques, en

---

<sup>178</sup> Pour la problématique des notions de garde et d'autorité parentale voir Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.*, p. 859.

<sup>179</sup> La question de savoir si dans un contexte de divorce, on pouvait donner au terme « garde » le sens et la portée que lui confère le Code civil a été tranchée définitivement par l'adoption de la *Loi d'harmonisation n°1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, C. 4, dont l'article 8 permet de répondre à l'affirmative à cette question, Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.*, p. 482, n° 323.

<sup>180</sup> Guillet Suzanne, *op. cit.*, p. 168 et s.

<sup>181</sup> *T.L. c. L.A.P.*, REJB 2002-34955 (C.A.) p. 6.

<sup>182</sup> Goubau Dominique, « La réforme de la Loi sur le divorce », dans *Nouveaux développements en droit familial – les aspects économiques d'une rupture*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 107, voir p. 109 et s.

<sup>183</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, note 1474 p. 466, Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 501.

<sup>184</sup> *Projet de loi C-422 modifiant la loi sur le divorce (partage égal du temps parental) et d'autres lois en conséquence*, 2009.

particulier du Barreau du Québec<sup>185</sup> qui lui reprochait, entre autres, d'imposer un cadre trop strict, la présomption ne pouvant être écartée que lorsque « l'intérêt de l'enfant serait considérablement mieux servi par la garde exclusive », soit exceptionnellement. Ce projet allait alors à l'encontre des études menées avant le dépôt du projet de loi de 2002. Les travaux parlementaires furent ajournés et le projet ne fut pas adopté. Un nouveau projet a de nouveau été déposé par le député de Saskatoon Maurice Vellacott à l'automne 2013 et étudié en première lecture par la Chambre des communes canadienne le 6 décembre 2013<sup>186</sup>. Ce projet prévoyait une présomption de garde partagée, présomption qui ne pourrait être écartée que s'il est prouvé que l'intérêt de l'enfant est « considérablement mieux servi par un partage inégal du temps parental ». Le Barreau du Québec<sup>187</sup> a critiqué cette disposition en considérant qu'elle risquait de remettre en cause le principe fondamental de l'intérêt de l'enfant qui prévaut actuellement au Québec. Selon lui, ce n'est que de façon exceptionnelle que le principe de garde partagée pourra être écarté. Ce projet de Loi fut rejeté en seconde lecture le 28 mai 2014.

**70.** Mais si la loi prévoit une autorité parentale conjointe ou une codirection, celle-ci est-elle possible dans les faits lorsque les conjoints se sont déchirés pendant la procédure de divorce ? Peut-on espérer qu'ils puissent s'entendre de nouveau, tout simplement, parce que la loi le prévoit, et ceci dans le seul intérêt d'élever leur enfant ? Si certains couples sont capables de le faire, il paraît difficile d'envisager que deux personnes qui se sont insultées au cours d'un procès soient capables de renouer simplement le dialogue à la suite du prononcé de la décision. La nécessité de pacification du divorce pour faute et de la continuation du dialogue entre les époux semble alors essentielle dans l'intérêt de l'enfant.

**71.** La médiation familiale, nous le verrons, peut apparaître comme une première réponse à cette situation de crise entre les époux. Elle permet d'établir un dialogue entre les conjoints en instance de divorce et leur donne la possibilité de déterminer eux-mêmes les conséquences

---

<sup>185</sup> Chagnon Pierre, Bâtonnier du Québec, Lettre envoyée au député Maurice Vellacott sur le projet de loi C-422 modifiant la loi sur le divorce (partage égal du temps parental) et d'autres lois en conséquence, 15 juillet 2009.

<sup>186</sup> *Projet de loi C-560 modifiant la Loi sur le divorce (partage égale du rôle parental) et d'autres lois en conséquence.*

<sup>187</sup> Brodeur Johanne, *Projet de loi C-560 – Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence, Lettre envoyée à Monsieur Maurice Vellacott, Député de Saskatoon, le 28 avril 2014.* L'association du Barreau canadien s'était également opposée à une telle disposition par un communiqué de presse du 24 mars 2014, voir [www.cba.org](http://www.cba.org)



de leur divorce tant dans leur intérêt que dans celui de leurs enfants<sup>188</sup>. La société est peut-être également prête à aller plus loin et ce désir de pacification du divorce ajouté à l'individualisme croissant au sein de la famille pourrait amener à une objectivation totale du droit du divorce et par là-même une disparition de la faute.

---

<sup>188</sup> Voir sur ce sujet Voir Matteau Sylvie et Paradis Suzanne, « La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant », (1986) 46 *R. du B.* 815.

## SECTION II : LES CONSEQUENCES DE LA DISPARITION DE LA FAUTE SUR LES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE CONJOINTS

72. La disparition de la faute dans le droit des règlements pécuniaires entre conjoints dans le cadre du divorce peut être constatée dans deux domaines : celui des donations (I) et autres avantages matrimoniaux, et celui des obligations dites « alimentaires » (II). Avant d'analyser plus en détails ces deux cas, nous souhaiterions citer un premier cas où la faute a disparu : celui du report des effets de la dissolution du régime matrimonial. En France comme au Québec, les époux peuvent demander, dans leurs rapports mutuels, à ce que l'effet de la dissolution soit reporté à la date où ils ont cessé de « cohabiter ou de collaborer »<sup>189</sup> en droit français, et où ils ont cessé « faire vie commune » au Québec<sup>190</sup>. Toutefois, en France, avant la réforme du 26 mai 2004<sup>191</sup>, cette possibilité n'était pas ouverte au conjoint auquel incombaient à titre principal les torts de la séparation<sup>192</sup>. La faute était donc bien présente. Désormais toute idée de faute et de responsabilité de la rupture a disparu, cette partie du droit du divorce a été « objectivée » et chacun des époux peut demander ce report. Intéressons nous maintenant à la disparition de la faute dans les dispositions relatives aux donations entre époux.

### § 1. LA DISPARITION DE LA FAUTE ET LES DONATIONS ET AVANTAGES MATRIMONIAUX

73. Tant les donations que les avantages matrimoniaux ont pu être utilisés à titre de sanction par le législateur et lui permettre ainsi d'indemniser un époux innocent en lui permettant de faire tomber les donations ou autres avantages qu'il avait pu octroyer à son conjoint.

74. D'après MM. Terré et Simler, « il y a avantage matrimonial chaque fois que son régime matrimonial confère à un époux une faveur par rapport à son conjoint »<sup>193</sup>. On rattachait également d'autres droits à ces avantages matrimoniaux qui pouvaient être issus de conventions passées avec des tiers, comme, par exemple, une assurance vie contractée par un conjoint au profit de son ex-époux. Ces avantages matrimoniaux étaient au moment du

---

<sup>189</sup> Art. 1442 al. 2 C.civ. et nouvel art. 262-1 C.civ.

<sup>190</sup> Art. 466 C.c.Q.

<sup>191</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.*

<sup>192</sup> Ancienne version de l'art. 1442 al. 2 C.civ. Voir également Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°832, p. 346.

<sup>193</sup> Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n° 766, p. 610

divorce soumis au même régime que les donations et c'est pourquoi nous traiterons de leur sort en même temps que ces dernières.

**75.** Les donations entre époux bénéficient, ou plutôt bénéficiaient de deux particularités. La première était que contrairement au dicton populaire « donner c'est donner, reprendre c'est voler », les donations entre époux faites pendant le mariage étaient en droit français librement révocables<sup>194</sup>. On considérait que les conjoints se faisant des donations en raison de l'amour qu'ils se vouaient l'un à l'autre, et cet amour disparaissant, ces donations devaient être révoquées. Le droit québécois, pour sa part, a toujours soumis les donations entre conjoints au régime de droit commun et ne prévoyait et ne prévoit toujours leur révocabilité que pour cause d'ingratitude<sup>195</sup>.

**76.** La seconde spécificité de ces donations entre conjoints est qu'elles peuvent être faites soit entre vifs soit à cause de mort. Si en droit québécois, la possibilité de prévoir de telles donations à cause de mort dans le cadre d'un contrat de mariage ne pose aucun problème et est même prévue dans le Code civil<sup>196</sup>, en droit français les donations de biens à venir, dont les donations pour cause de mort font partie, sont interdites<sup>197</sup>. Elles sont prohibées par le fait qu'elles peuvent porter, d'une part, sur des biens que le donateur ne détient pas au moment de la donation et, d'autre part, sur des biens qu'il détient effectivement mais qu'il retient et ne transmet pas. Or pour ce second cas, l'adage « donner et retenir ne vaut » rend nul ce type de donation. Toutefois, dans le cadre du mariage, en droit français comme en droit québécois, les donations pour cause de mort sont possibles, par l'intermédiaire de l'institution contractuelle<sup>198</sup>. C'est un contrat par lequel un des époux, l'instituant, promet à l'autre, l'institué, de lui laisser à sa mort tout ou partie de sa succession<sup>199</sup>. Cette institution est en fait un acte hybride entre le contrat et la donation et a un régime qui varie suivant le moment où elle a été conclue. En droit français, conclue dans le cadre du contrat de mariage, elle est soumise à l'irrévocabilité de celui-ci. En revanche si elle a été mise en œuvre pendant le

---

<sup>194</sup> Anc. art. 1096 C.civ. al. 1<sup>er</sup> : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiée de vifs seront toujours révocables »

<sup>195</sup> Articles 1836 et suivants C.c.Q.

<sup>196</sup> Art. 1806 et 1808 C.c.Q.

<sup>197</sup> Art. 943 C.civ., voir aussi, Terré François et Lequette Yves, *Les successions, les libéralités*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1997, n° 436 et s.

<sup>198</sup> Terré François et Lequette Yves, *op. cit.*, n°545 et s., Jubault Christian, *Les successions, Les libéralités*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2010, n° 649 et s., p. 582 et s.

<sup>199</sup> d'après *Lexique des termes juridiques 2014*, 21<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013, p. 517.

mariage, c'est le principe de la révocabilité qui s'applique<sup>200</sup>. En droit québécois, la différence n'existe pas et que les donations à cause de mort aient ou non été consenties dans le cadre d'un contrat de mariage, le divorce les rend caduques<sup>201</sup>.

77. Les conjoints tant français que québécois ont donc toujours eu la possibilité de se faire, d'une part et comme tout un chacun, des donations entre vifs et, d'autre part, des donations pour cause de mort. La question du sort de ces donations peut alors se révéler cruciale au moment du divorce, l'époux donataire pouvant avoir intérêt à conserver la donation qui lui a été faite. Si la faute a pendant longtemps joué un rôle essentiel en la matière (A), on peut toutefois constater une évolution importante avec la réforme de mai 2004 en droit français qui est dans la suite du droit québécois en la matière (B).

#### **A. L'importance historique de la faute dans le sort des donations entre conjoints**

78. Cette importance concernait essentiellement le droit français. Sous l'empire de la loi de 1975, il était nécessaire de distinguer entre les divorces pour faute et pour rupture de la vie commune, et les autres, le divorce pour requête conjointe et celui sur demande acceptée. Dans ces deux derniers cas où la faute n'entraînait pas en considération, les conjoints étaient les seuls à décider du sort de leurs donations, des avantages matrimoniaux et autres droits et pouvaient donc les révoquer à leur gré<sup>202</sup>. En revanche dans les deux premiers cas (et sans prendre en compte l'ancien article 1096 du Code civil dans un premier temps), soit le divorce pour faute et le divorce pour rupture de la vie commune, le comportement des conjoints pouvait avoir un impact sur la caducité ou non de ces donations, avantages matrimoniaux et autres droits. Dans le cadre du divorce pour faute, la caducité avait un rôle de sanction de la faute de l'un des conjoints voire des deux. Concernant le divorce pour rupture de la vie commune, plus qu'une sanction du conjoint qui demandait le divorce et avait quitté son ex-époux, elle apparaissait comme une partie du prix de la liberté de ce demandeur. Ainsi, dans ce cas de divorce, le conjoint demandeur perdait de plein droit les donations ou les avantages matrimoniaux dont il

---

<sup>200</sup> Cette solution devrait d'ailleurs survivre avec le nouveau régime des donations institué à l'article 1096 C.civ. par la réforme du divorce de mai 2004 puisque le premier alinéa de cet article prévoit que « la donation de bien à venir faite entre époux pendant le mariage sera toujours révocable ». De plus l'article 265 du Code civil prévoit également que le divorce emporte révocation de plein droit des dispositions à cause de mort accordés par un des époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union, sauf volonté contraire de l'époux qui les a consenties.

<sup>201</sup> Article 519 du Code civil du Québec et Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'université Laval, 2005, p. 508 et s.

<sup>202</sup> Articles 268 (divorce sur demande conjointe) et 268-1 (divorce demandé et accepté) du Code civil.

était bénéficiaire alors que l'autre époux les conservait<sup>203</sup>. L'idée de faire peser le poids de ce divorce sur ce conjoint demandeur était donc bien marquée et on souhaitait également certainement limiter l'usage de ce divorce qui fut comparé par certains à la répudiation<sup>204</sup>.

**79.** Dans le cas du divorce pour faute, il était nécessaire de distinguer entre le divorce aux torts exclusifs et celui aux torts partagés. Le conjoint aux torts exclusifs duquel était prononcé le divorce, perdait tous ses droits sur les donations ou avantages qui lui avaient été faits alors que son ex-époux, au contraire, conservait les siens<sup>205</sup>. L'idée de sanction était également bien présente. Dans le cas d'un divorce aux torts partagés, l'idée de faute, au contraire, disparaissait, chacun des conjoints, depuis la réforme de 1975, étant en effet libre de révoquer ou non les donations ou avantages qu'il avait faits à l'autre<sup>206</sup> alors que, sous l'empire de la loi sur le divorce de 1884, lorsque le divorce était prononcé aux torts réciproques des deux conjoints, la déchéance jouait de part et d'autre<sup>207</sup>. Elle constituait alors une véritable peine civile pour les deux conjoints et les fautes réciproques des deux conjoints au lieu de s'annuler entraînaient des sanctions pour chacun des époux. La réforme de 1975 a alors neutralisé les fautes de ces deux époux et rapproché ce type de divorce du divorce sur demande conjointe et de celui demandé et accepté. L'idée d'objectivation et de pacification du divorce était donc bien présente et la faute ne jouait avec la Loi de 1975 que dans le cas où l'un des conjoints était exclusivement responsable de la rupture du mariage.

**80.** La loi semblait donc simple et paraissait faire dépendre la révocabilité de la culpabilité ou non des époux. Toutefois l'application pratique de ces dispositions fut largement compliquée par l'imbrication des articles 267 et suivants du Code civil avec l'article 1096 du même Code qui prévoyait la libre révocation des donations faites pendant le mariage<sup>208</sup>. On distinguait alors les donations contenues dans le contrat de mariage, irrévocables, de celles faites après le mariage, qui, pour leur part, demeuraient révocables. Dans le cadre d'un divorce aux torts exclusifs de l'un des conjoints ou d'un divorce pour rupture de la vie commune, l'époux « coupable » perdait bien les donations contenues dans le contrat de mariage et le conjoint innocent pouvait lui réclamer toutes les donations qu'il lui avait faites

---

<sup>203</sup> Art. 269 C.civ.

<sup>204</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°680, p. 283.

<sup>205</sup> Article 267 C.civ.

<sup>206</sup> Article 267-1 C.civ.

<sup>207</sup> Rouast André, *Traité pratique de droit civil français, Tome II, La famille*, Planiol Marcel et Ripert Georges, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, n°644, p. 523.

<sup>208</sup> Saujot Colette, « Les articles 267 à 269 C.civ. : une apparente simplicité », *Rép. Def.* 1989, Art. 34566, p. 888.

pendant le mariage<sup>209</sup>. Mais le conjoint innocent ne conservait pas pour autant les donations qu'il avait reçues. La Cour de cassation avait en effet décidé que « en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, si l'époux innocent conserve en principe les donations qui lui ont été faites, c'est avec les caractères qu'elles présentaient, de sorte que celles qui lui ont été faites pendant le mariage restent révocables conformément à l'article 1096 du Code civil »<sup>210</sup>. Il était donc tout à fait possible pour le conjoint fautif de réclamer les donations qu'il avait faites à son conjoint pendant le mariage afin que ce dernier ne puisse plus bénéficier de ces donations après le divorce.

**81.** Dans les autres cas de divorce, la situation semblait apparemment simple puisqu'il revenait aux époux de déterminer s'ils révoquaient ou non leurs donations. La situation ne s'avérait en réalité problématique que lorsque les époux avaient omis de prévoir le sort de celles-ci ou ne l'avaient pas prévu de façon assez claire. De plus le problème se posait également de savoir si la volonté de maintien des donations signifiait que ces dernières devenaient irrévocables. Ces questions comme nous l'explique Mme Saujot étaient des questions d'interprétation qui divisaient la doctrine<sup>211</sup>. Pour M. Hérail, par exemple, la question de l'avenir des donations maintenues se résolvait de la façon suivante : alors que les donations de biens à venir demeuraient révocables, celles de biens présents devenaient irrévocables<sup>212</sup>. C'est par une décision du 6 février 2008 que la Cour de cassation<sup>213</sup> a tranché la situation et a considéré que, sous l'empire du droit antérieur au 1<sup>er</sup> janvier 2005, les donations faites entre époux pendant le mariage et maintenues de façon expresse dans la convention définitive du divorce homologuée par le juge, devenaient irrévocables.

**82.** Face à cette situation quelque peu compliquée, le législateur français est intervenu dans le cadre de la réforme de 2004 et, outre simplifier ce domaine, il a opéré une véritable objectivation du droit en la matière suivant ainsi l'exemple québécois.

---

<sup>209</sup> Saujot Colette, *op. cit.*, pp. 888 et s.

<sup>210</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 1979, *Bull. I* n°154, voir également Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, *JCP. N.* 1993 II p. 45.

<sup>211</sup> Saujot Colette, « Les articles 267 à 269 C.civ. : une apparente simplicité », *Rép. Def.* 1989, Art. 34566, p. 890 et s.

<sup>212</sup> Hérail Jean, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, *JCP. N.* 1993 II p. 45.

<sup>213</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 février 2008, *Bull. I* n°40.

## B. L'objectivation des règles relatives au sort des donations

**83.** Le droit québécois a mis en œuvre une véritable objectivation du droit en la matière dès la Loi 89 de 1980. Sous l'empire du Code civil du Bas-Canada, l'article 208 ne prévoyait pas la caducité mais la forfaiture (la déchéance) de certaines donations<sup>214</sup>. Si une donation était devenue exigible, le conjoint donataire pouvait la réclamer. Toutefois, l'ancien article 208 du Code civil du Bas-Canada, précisait que le tribunal pouvait en décider autrement soit pour différer le paiement de cette donation, la réduire ou la rendre forfaite. L'ancien article 208 alinéa 3 disposait ainsi que « ils [le divorce et la séparation de corps] n'emportent pas d'eux-mêmes nullité des donations contenues au contrat de mariage, qui ne sont pas encore devenues exigibles ou qui ont été faites à cause de mort, mais le tribunal peut, s'il le juge à propos, les déclarer forfaites<sup>215</sup> en prenant en considération l'état et la condition des parties, leur situation lors de la signature du contrat de mariage et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, la gravité des torts de l'un des époux envers l'autre, et les autres circonstances ». Le tribunal jouissait alors d'une grande discrétion dans sa décision et son intervention était généralement envisagée comme une sanction<sup>216</sup>. Les juges pouvaient décider de réduire ou déclarer forfaite la donation en tenant compte de la gravité des torts de l'un des époux envers l'autre<sup>217</sup>.

**84.** Depuis la Loi 89 de 1980<sup>218</sup>, la situation a été modifiée et il est tout d'abord nécessaire de distinguer entre les donations faites à cause de mort et les donations entre vifs. L'article 519 du Code civil québécois prévoit ainsi que « le divorce rend caduques les donations à cause de mort qu'un époux a consenties à l'autre en considération du mariage », et ceci que l'un des conjoints ait commis ou non une faute. Il est aujourd'hui admis que les donations à cause de mort concernées par cette caducité peuvent être ou non réciproques<sup>219</sup>. Toutefois il est possible de démontrer que la donation entre époux à cause de mort bien que contenue dans

---

<sup>214</sup> Voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 1991, p. 285.

Pour une description du régime des donations après le divorce sous le droit antérieur à la loi de 1980, voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Ed. Wilson et Lafleur Ltée, 1979, n°352 et s. p. 227 et s.

<sup>215</sup> Déclarer les parties déchues de ces droits

<sup>216</sup> Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Ed. Wilson et Lafleur Ltée, 1979, n°353 p. 227.

<sup>217</sup> Ancien article 208 du Code civil du Bas-Canada.

<sup>218</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>219</sup> Caparros Ernest, *op. cit.* p. 286.

le contrat de mariage n'a pas été faite en considération du mariage mais plutôt pour des considérations fiscales. Dans ce cas, la caducité ne sera alors pas automatique<sup>220</sup>.

**85.** Les donations entre vifs consenties entre conjoints ou en faveur de l'un d'eux en considération du mariage<sup>221</sup> ne sont pas caduques. L'époux donataire pourra soit en demander l'exécution immédiate si elles sont déjà exigibles soit attendre le moment où elles le deviendront<sup>222</sup>. Il est prévu que « toutefois, le tribunal peut, au moment où il prononce le divorce, les déclarer caduques ou les réduire, ou ordonner que le paiement des donations entre vifs soit différé pour un temps qu'il détermine »<sup>223</sup>. Les donations à cause de mort consenties par des tiers sont également soumises à ces dispositions de même que les donations entre vifs consenties aux époux par des tiers.

**86.** Les critères permettant au juge de déclarer caduques ou de réduire ces donations ne sont toutefois pas déterminés par l'article 220<sup>224</sup> alors qu'en matière de séparation de corps on les retrouve à l'article 512 du Code civil du Québec qui reprenait les critères énoncés à l'article 208 du Code civil du Bas-Canada dans la section intitulée « des effets de la la séparation de corps et du divorce »<sup>225</sup>.

**87.** En pratique les tribunaux continuent donc d'utiliser par analogie les critères de l'ancien article 208 du Code civil du Bas Canada et par analogie de l'article 512 ainsi que la jurisprudence y afférant<sup>226</sup>. La jurisprudence a ainsi reconnu comme principaux motifs pour déclarer caduques, réduire ou reporter les donations, la brièveté de la vie commune ou encore les moyens et facultés des conjoints de même que leur situation patrimoniale existante et prévisible. La conduite des parties est également prise en considération même si l'adultère n'est plus en soi une cause de déchéance automatique des donations<sup>227</sup>, ce qui peut alors faire

---

<sup>220</sup> Voir Bourassa Sylvain, « Les donations par contrat de mariage », dans *Personnes, famille et successions*, Ecole du Barreau du Québec, Collection de droit, 2014-2015, 2014, p. 441.

<sup>221</sup> Art. 520 al. 1 C.c.Q.

<sup>222</sup> Pineau Jean, Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 514.

<sup>223</sup> Art. 520 al. 2 C.c.Q.

<sup>224</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 441 et s. Voir également Sénécal Jean-Pierre, *Droit de la famille québécois*, éd. Farnham, édition mise à jour, n°34-955 et s.

<sup>225</sup> Tétrault Michel, *op. cit.*, p. 442.

<sup>226</sup> Bourassa Sylvain, « Les donations par contrat de mariage », dans *Personnes, famille et successions*, Ecole du Barreau du Québec, Collection de droit, 2014-2015, 2014, p. 443. Voir également LaSalle Raymonde, « Le réveil de l'art. 208 C.c.B.-C. par la Cour d'appel », dans *Nouveaux développements en droit familial – Les aspects économiques d'une rupture*, Ed. Yvons Blais, 1989, p. 247.

<sup>227</sup> Bourassa Sylvain, *op. cit.*, p. 413.



réapparaître la faute. Toutefois cette faute paraît plus difficile à prouver<sup>228</sup> aujourd'hui et doit être d'une certaine gravité pour que la forfaiture soit accordée<sup>229</sup>.

**88.** Les époux ont également la possibilité de prévoir des clauses « de divorce » dans le cadre de leur contrat de mariage. Si ces clauses peuvent prévoir qu'une donation, malgré un terme ultérieur, deviendra exigible immédiatement en cas de divorce ou de séparation de corps, le plus souvent leur objectif est toutefois d'agir comme une clause résolutoire. Dans ce dernier cas, la clause peut viser tant les donations déjà exécutées que celles qui ne l'ont pas encore été. La jurisprudence québécoise, contrairement à la jurisprudence française ainsi que nous le verrons<sup>230</sup>, considère que ces clauses ne sont pas contraires à l'ordre public et sont donc valides<sup>231</sup>.

**89.** Il apparaît cependant que le motif essentiel de révocation des donations faites entre vifs au Québec est un motif objectif : le patrimoine familial<sup>232</sup> qui entraîne un meilleur partage des biens entre les époux. Les juges n'hésitent en effet plus à déclarer la caducité des donations sachant que le conjoint recevra systématiquement, ou presque, la moitié de ce patrimoine familial. La caducité, la réduction ou le report des donations entre époux qu'elles soient faites à cause de mort ou entre vifs et en considération ou non du mariage en droit québécois dépendent donc peu aujourd'hui de la faute qu'a pu commettre un conjoint.

**90.** La solution française adoptée lors des réformes du droit du divorce de mai 2004 et des successions et libéralités de juin 2006 tend également vers un détachement total de la faute et du sort des donations et des avantages matrimoniaux<sup>233</sup>.

**91.** Désormais, l'article 265-1 prévoit expressément que le divorce n'a aucune conséquence sur les droits que les époux ont obtenus des tiers. Quant aux avantages matrimoniaux, le principe est que ceux prenant effet pendant le mariage ne seront pas touchés

---

<sup>228</sup> Monsieur demandait la forfaiture de la donation faite à Madame alléguant l'adultère de celle-ci (ce qu'elle niait) sans amener d'autre preuve que son propre témoignage pendant que Madame niait cet adultère. La Cour a considéré que l'adultère n'était pas prouvé et que la forfaiture devait être rejetée, *Denis Denis c. Cécile Benoit*, C.S. no 200-05-006243-963.

<sup>229</sup> Même si l'adultère de Madame était prouvé, le comportement de Monsieur n'était pas lui non plus sans reproche et la forfaiture a donc été refusée, *Gagnon c. Richard, J.E.* 82-26 (C.A.).

<sup>230</sup> Voir n°92.

<sup>231</sup> Bourassa Sylvain, *op. cit.*, p. 403.

<sup>232</sup> Voir Tétrault Michel, *op. cit.* p. 506.

<sup>233</sup> Voir pour une analyse critique de la nouvelle loi Brenner Claude, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Rép. Def.* 2005, n°2, Art. 38084, p. 93. Pour une analyse générale du sort des libéralités après la rupture conjugale voir Dauriac Isabelle, « Sort des libéralités et ruptures conjugales », *AJ. Fam* 2006 n°6, p. 235.

par le divorce alors que ceux devant prendre effet après, seront, pour leur part, révoqués de plein droit, sauf volonté contraire des ex-conjoints<sup>234</sup>. Il est également prévu depuis la Loi réformant le droit des successions et des libéralités de juin 2006, et à la suite de discussions de certains auteurs<sup>235</sup>, que les époux pourront prévoir dans le contrat de mariage la possibilité de reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté<sup>236</sup>. Cette disposition permet ainsi de valider la clause créée par les notaires alsaciens (« clause alsacienne ») et contenue dans un contrat de mariage ou un acte modificatif de régime matrimonial qui prévoit la reprise des apports en biens propres en cas de divorce. Cette clause est alors particulièrement utile en cas de changement de régime matrimonial pour un régime de communauté universelle avec attribution au dernier vivant et n'est pas considérée comme conférant un avantage matrimonial aux époux<sup>237</sup>.

**92.** En ce qui concerne le sort des donations, une modification substantielle du droit en la matière a été faite en rapprochant les donations entre époux des donations de droit commun. Le législateur a ainsi simplifié tout le droit des donations post-divorce<sup>238</sup>. Cette évolution va dans le sens du rapport fait par Mme Dekeuwer-Defossez<sup>239</sup>, qui ne voyant dans la libre révocabilité des donations qu'une survivance de la méfiance existant à l'égard des époux, suggérait de rendre irrévocables les donations de biens présents et librement révocables celles de bien à venir. Le nouvel article 1096 du Code civil suit donc ces recommandations.

**93.** Désormais, en vertu du nouvel article 1096 du Code civil, les donations de biens à venir entre époux pendant le mariage, donations valables en vertu de l'article 947 du Code civil, seront toujours révocables. De plus, de même qu'en droit québécois, et de même que ce que préconisait également Mme Dekeuwer-Defossez, la révocation à cause de mort est automatique lors du divorce<sup>240</sup>. Cette révocation est de plein droit, sauf volonté des époux de

---

<sup>234</sup> Article 265 Code civil, nouvelle rédaction.

<sup>235</sup> Voir Sauvage François, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Rép. Def.* 2004, Article 38038, p. 1425, et plus particulièrement p. 1428. Voir également Casey Jérôme, « Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles données ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* Novembre 2006, chronique n°49, p. 31.

<sup>236</sup> Art. 265 al. 3 C.civ. nouvelle version.

<sup>237</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 2010, n° 09-68292.

<sup>238</sup> Sur le sujet voir *Rapport de M. Patrick Delnatte, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat (n°1338), relatif au divorce*, rapport n°1513 trouvé sur <http://www.assemblee-nat.fr/12/rapports/r1513.asp>

<sup>239</sup> *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, Rapport du groupe de travail présidé par Françoise Dekeuwer-Defossez, septembre 1999.

<sup>240</sup> Nouvel article 265 alinéa 2 du Code civil.

maintenir ces donations<sup>241</sup>. Cette volonté de non révocation sera constatée par le juge et rendra irrévocable la donation. On évitera ainsi les problèmes d'interprétations existant précédemment quant à la volonté des parties.

**94.** Un cas problématique peut toutefois persister : celui du testament d'un époux envers son ex-conjoint rédigé avant le mariage. L'article 265 du Code civil ne fait en effet référence qu'aux dispositions testamentaires prises par un époux pendant le mariage et non antérieurement. Un testament rédigé avant le mariage n'est donc pas révoqué de plein droit et survivra au divorce<sup>242</sup>.

**95.** En ce qui concerne les donations de biens présents, l'article 1096 du Code civil alinéa 2 dans sa nouvelle rédaction revue également par la loi de 2006 dispose que « la donation de biens présents qui prend effet pendant le mariage faite entre époux ne sera révocable que dans les conditions prévues aux articles 953 à 958 ». Ces donations sont désormais soumises au même régime que les donations de droit commun et répondent donc au même adage « donner et retenir ne vaut »<sup>243</sup>. Le divorce est sans conséquence sur les donations qui ont pris effet pendant le mariage<sup>244</sup>. En ce qui concerne celles prenant effet après le divorce, ce qui est, par exemple, le cas d'une clause de réversibilité d'usufruit, la question s'est posée de leur révocation automatique. Ces clauses peuvent être considérées comme des donations à terme de biens présents et prennent donc effet pendant le mariage. Leur cas n'ayant pas expressément été prévu par le législateur, on a évoqué la possibilité que la jurisprudence leur applique les règles applicables aux avantages matrimoniaux qui ne prennent effet qu'en cas de décès et les révoque en vertu de l'article 265 alinéa 2 du Code civil<sup>245</sup>. Elles paraissent donc également être révocables<sup>246</sup>, même si la solution ne semble pas encore définitivement tranchée<sup>247</sup>.

---

<sup>241</sup> Voir Sauvage François, *op. cit.*, p. 1425

<sup>242</sup> Ferré-André Sylvie, « Dossier donations : donations entre époux et conséquences en cas de séparation », *AJ. Fam.* 2014 p. 615

<sup>243</sup> Guével Didier, *Successions, libéralités*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, Collection Compact, 2004, n°405 p. 280.

<sup>244</sup> Art. 265 al. 1 C.civ.

<sup>245</sup> Voir Casey Jérôme, *op. cit.*, p. 31. La question se pose en effet de la date où la donation prend véritablement effet, voir Hauser Jean et Delmas Saint-Hilaire Philippe, « Fascicule 20 : Effets du divorce – Conséquences du divorce sur les époux. Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux – Sort des libéralités entre époux », *Jurisclasseur civil*, Mise à jour 18 novembre 2013, n° 19. La question se posera également pour un testament rédigé par un des conjoints en faveur de l'autre pendant le mariage et non révoqué.

<sup>246</sup> Pour une analyse plus détaillée de la problématique de la réversion d'usufruit et de son lien généralement avec une donation de la nue-propriété consentie aux ascendants, voir Ferré-André Sylvie, *op. cit.*

<sup>247</sup> Pour certains, le problème ne se pose actuellement plus, voir Olivier Stephen, « Les incidences du divorce sur les avantages matrimoniaux et les donations entre époux en droits interne, international privé, européen et comparé », *Petites Affiches* 12 décembre 2014, p. 7.

**96.** De nombreux cas de donations sont donc désormais clarifiés et dans certains cas les donations peuvent être irrévocables. Dès avant 2004, une clause de « non – divorce » avait été envisagée par les praticiens. Cette clause, souhaitée par certains auteurs<sup>248</sup>, aurait alors permis aux époux de prévoir expressément que la donation ou le legs serait caduc en cas de divorce, de séparation de corps ou de demande en divorce ou en séparation de corps par l'un ou l'autre des conjoints. Une telle clause pouvait être envisagée conformément à l'article 947 du Code civil et, suite à la réforme de 2004, certains notaires s'interrogeaient plus particulièrement sur la possibilité de prévoir des clauses résolutoires pour les donations de biens présents intervenues pendant le mariage<sup>249</sup>. La Cour de cassation a considéré dans une décision du 14 mars 2012<sup>250</sup> qu'une clause de non-divorce contreviendrait au premier alinéa de l'article 265 et à l'irrévocabilité spéciale des donations entre époux et des avantages matrimoniaux ayant pris effet pendant le mariage, irrévocabilité qu'elle considère d'ordre public. La jurisprudence française a donc adopté une position inverse à celle de la jurisprudence québécoise sur le sujet<sup>251</sup>.

**97.** Le sort des donations à la suite du divorce a donc été simplifié et objectivé en droit français à la suite de la dernière réforme du divorce de mai 2004. Cette évolution permet d'ailleurs de rapprocher ce droit du droit québécois en mettant, d'une part de côté le rôle de la faute dans le cadre du sort de ces donations, et, d'autre part en distinguant le sort des donations entre vifs de celles à cause de mort.

**98.** Enfin, une dernière remarque de droit transitoire nous semble utile à faire. La Loi du 26 mai 2004 réformant le divorce n'avait pas précisé la date à compter de laquelle serait mise en œuvre les nouvelles dispositions concernant les donations et en particulier celles

---

<sup>248</sup> Voir Binet Jean-rené, « Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », *D.* 2006 p. 1923. Voir également Stéphane Valory qui soutenait fortement cette clause dans le cas d'un droit de réversion d'usufruit au cas où le donateur oublierait de révoquer ce droit, Valory Stéphane, « Les mesures postérieures à la réforme sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », *Droit et Patrimoine*, novembre 2007, n°164, p. 62.

<sup>249</sup> Gazeau Olivier, Lemaire Hugues et Vancleemput Franck, « L'annihilation des effets d'une donation entre époux de biens présents », *Rép. Def.* 2010, p. 1981. Voir aussi Grimaldi Michel, « Fascicule unique : Donations et testaments – Donations entre vifs – Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur – Clauses prohibées – Etat estimatif des donations mobilières », *Jurisclasseur Code civil*, Mise à jour 10 mai 2011, n°31. Voir aussi Brenner Claude, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Rép. Def.* 2005 p. 93.

<sup>250</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2012, *AJ. Fam.* 2012, p. 223, com. Stéphane David.

<sup>251</sup> Voir n°84.

concernant l'irrévocabilité des donations de biens présents. Des discussions doctrinales<sup>252</sup> eurent alors lieu et le législateur est de nouveau intervenu dans le cadre de la Loi portant réforme des successions et des libéralités de juin 2006. Il a ainsi été prévu dans l'article 47 III de la Loi que les donations de biens présents faites entre époux avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 demeuraient librement révocables<sup>253</sup>. Ainsi, encore aujourd'hui, la grande majorité des donations de biens présents faites entre époux reste librement révocable et les conjoints pourront donc continuer de les révoquer au moment du divorce. Seules les donations de biens présents entre époux prenant effet pendant le mariage et faites après le 1<sup>er</sup> janvier 2005 sont irrévocables au moment du divorce.

**99.** Tant en droit français qu'en droit québécois, on a donc assisté à une objectivation et à une disparition de la faute pour les règles relatives au sort des donations entre conjoints à la suite du divorce. Une évolution similaire est également intervenue en ce qui concerne les droits que nous qualifions d'« alimentaires ».

## **§ 2. LES DROITS « ALIMENTAIRES »**

**100.** Nous considérons comme droit alimentaire, les pensions versées à un des conjoints par l'autre conjoint à la suite du divorce en raison de l'état de besoin ou des moyens moins élevés de l'époux créancier.

**101.** Dans le cadre de la mise en œuvre de ces droits, la faute pouvait intervenir de deux façons. Elle pouvait tout d'abord être une cause de refus d'octroi d'une telle pension à un conjoint dans le besoin (A). Elle pouvait ensuite être le fondement du versement par le conjoint fautif d'une telle pension au conjoint innocent (B).

---

<sup>252</sup> Bénabent Alain, « Dispositions transitoires », *AJ. Fam.* 6/2004, p. 232, et plus particulièrement p. 234 ou encore Beignier Bernard et Nicod Marc, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre (La réforme des donations de biens présents s'applique-t-elle aux donations déjà réalisées ?) », *Rép. Def.* 2005, n°4, Art. 38104, p. 265.

<sup>253</sup> Article 47 de la Loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. La Cour de cassation a réitéré cette position selon laquelle les donations de biens présents consenties avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 restaient librement révocables dans une décision du 5 mars 2014, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 2014, *RJPF* juin 2014, p. 26, note Vauvillé Frédéric. Concernant les avantages matrimoniaux, l'article 47 ne les citant pas, des interrogations persistaient. La Cour de cassation a alors décidé en 2010 et 2011 que la loi applicable à ces avantages matrimoniaux est la loi du divorce et donc que, pour les divorces soumis à la loi sur le divorce de 2004, le sort des avantages matrimoniaux, quelque soit la date à laquelle ils ont été stipulés, est déterminé par les dispositions de l'article 265 du Code civil, voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, *AJ. Fam.* 2011, p. 48 com. Stéphane David, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2011, *AJ. Fam.* 2011 p. 326, com. Félicité Mbala Mabala. La solution retenue est donc celle inverse à celle législative concernant les donations entre époux mais correspond certainement mieux à la volonté de pacification du divorce du législateur.

## A. La faute comme facteur de refus de droits « alimentaires » au conjoint fautif

**102.** Le conjoint fautif dans le besoin est-il en droit de demander des aliments, ou, tout du moins, une aide ayant un régime ou une nature proche de l'obligation alimentaire, à son ex-conjoint ? Peut-on admettre qu'un conjoint qui est à l'origine de la dissolution du mariage puisse obtenir un tel droit contre son ex-époux qui, lui, n'a pas demandé la rupture ? La question semble facile à trancher, elle fait appel tant au droit qu'à la morale et la réponse est généralement négative. Mais la situation n'est pas aussi simple. Ainsi si le droit français a longtemps utilisé comme sanction le refus de tout recours alimentaire (ou indemnitaire) contre son ex-conjoint, le droit canadien était, pour sa part, beaucoup plus nuancé.

**103.** L'ancien article 301 alinéa 1<sup>er</sup> datant de la Loi sur le divorce française de 1884 disposait ainsi que « si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet époux ». Seul l'époux qui a obtenu le divorce et donc l'époux « entièrement innocent » pouvait demander à ce qu'une telle pension alimentaire lui soit octroyée<sup>254</sup>. Il s'agissait en l'occurrence d'une véritable sanction pour l'époux fautif qui pouvait se retrouver sans revenus après son divorce et se voyait refuser tout recours contre son ex-conjoint. Dans le cadre d'un divorce aux torts réciproques, les deux conjoints étant considérés comme coupables et conformément à la logique des torts<sup>255</sup>, une telle demande de la part de l'un ou de l'autre des époux n'était pas possible.

**104.** Lors de la réforme de 1975, la question s'est alors posée de savoir si l'époux fautif pourrait percevoir une prestation compensatoire, prestation dont l'objectif est de rétablir les déséquilibres économiques nés du divorce et qui s'est substitué à la pension alimentaire de l'ancien article 301 du Code civil. Si la possibilité fut ouverte à chacun des époux dans le cadre d'un divorce aux torts partagés<sup>256</sup> ce ne fut pas le cas pour l'époux exclusivement fautif dans le cadre d'un divorce aux torts exclusifs. En effet, comme nous l'explique le doyen Carbonnier, l'opinion publique aurait mal compris « qu'un conjoint exclusivement coupable

---

<sup>254</sup> Rouast André, *Traité pratique de droit civil français, Tome II La famille*, Marcel Planiol et Georges Ripert, L.G.D.J. 1952, p. 509.

<sup>255</sup> Massip Jacques, « La réforme du divorce », *Rép. Def.* 1976 n°31047, p. 185

<sup>256</sup> Divorces qui représentaient 44,1% des divorces pour faute en 1996, Belmokhtar Zakia, *Les divorces en 1996, une analyse des jugements prononcés*, Etudes et statistiques justice 14, Ministère de la Justice, 1999, p. 26

pût prétendre à des droits pécuniaires pour lui-même à l'encontre d'un conjoint entièrement innocent »<sup>257</sup>. Il fut donc prévu à l'article 280-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil que l'époux, aux torts exclusifs duquel était prononcé le divorce, n'avait droit à aucune prestation compensatoire. Il s'agissait alors là de nouveau d'un effet direct du divorce sanction<sup>258</sup>, qui apparaissait même comme une véritable « pénalité civile » pour l'époux coupable<sup>259</sup>. Ce dernier n'avait pour seule possibilité que de prouver qu'il avait droit à une indemnité exceptionnelle, indemnité fondée sur une idée d'équité et qui n'était pas, nous le verrons, simple à obtenir<sup>260</sup>.

**105.** La loi du 26 mai 2004 a effectué un revirement essentiel en la matière en instaurant comme principe la possibilité d'un versement d'une prestation compensatoire au conjoint exclusivement fautif. Le nouvel article 270 alinéa 2 prévoit ainsi que « le juge peut refuser d'accorder une telle prestation [compensatoire] si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ». Ainsi, aujourd'hui, le principe est celui de l'octroi d'une prestation compensatoire à tout conjoint. La prestation compensatoire ne sera octroyée qu'au regard, entre autres, des besoins de l'époux qui la demande, des moyens de l'autre, des perspectives d'avenir mais aussi, et entre autres, de la durée du mariage, de l'âge et de la santé des époux, ...<sup>261</sup>

**106.** Toutefois l'idée de faute n'a pas totalement disparu et, au regard des circonstances particulières de la rupture, ce conjoint peut se voir priver au nom de l'équité de cette prestation<sup>262</sup>. Le comportement fautif de l'époux peut alors réapparaître à titre exceptionnel et le pouvoir discrétionnaire laissé au juge en l'occurrence par l'intermédiaire de l'équité a pour conséquence de laisser la faute s'immiscer plus ou moins largement dans le

---

<sup>257</sup> Carbonnier Jean, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975 Chron. p. 115.

<sup>258</sup> Cornu Gérard, *La famille*, Collection Domat droit privé, Montchrestien 8<sup>ème</sup> édition, 2003, n°368, p. 580.

<sup>259</sup> Cornu Gérard, *Cours de droit civil approfondi, La réforme du divorce (étude de la loi du 11 juillet 1975)*, Ed. les Cours du Droit, 1975, p. 135.

<sup>260</sup> Voir n°517.

<sup>261</sup> Article 271 du Code civil.

<sup>262</sup> Nouvel article 270 alinéa 3 du Code civil. Voir pour un exemple d'application de cette disposition la décision de la Cour d'appel de Bourges du 14 février 2014, *Dr. Fam.* 2014, com. 54, n. Binet Jean-René. Dans cette affaire, l'épouse adultère avait prétexté des vacances en Albanie pour quitter le domicile familial avec son enfant, enfant que le mari pensait être le sien et qui en réalité ne l'était pas. Pour d'autres exemples voir Kessler Guillaume, « Le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, janvier, étude n° 1 : alcoolisme du mari qui avait rendu impossible la poursuite de la vie commune avec sa femme, refus de prestation compensatoire à un mari sans emploi qui n'avait pas cherché de travail et laissé son épouse travailler seule et subvenir seules aux besoins de la famille.

cadre de cette prestation compensatoire. La phrase du doyen Carbonnier ne peut alors que nous revenir à l'esprit : le public accepterait mal qu'un époux exclusivement fautif, qui a battu son conjoint ou l'a fait souffrir, puisse réclamer une prestation compensatoire à ce dernier. La faute si elle tend donc à disparaître dans le cadre du droit français, peut encore intervenir à titre exceptionnel au nom de l'équité.

**107.** La problématique de la pension alimentaire et sa privation au titre de sanction a été traitée de façon différente au Québec et plus généralement au Canada. Avant l'adoption de la loi fédérale sur le divorce de 1968<sup>263</sup>, les tribunaux québécois considérant que le divorce mettant fin au mariage, ce divorce mettait également fin à toute relation entre les conjoints. Il n'existait donc pas de pension alimentaire post-divorce entre époux au Québec. La situation était en revanche différente dans la plupart des autres provinces canadiennes, qui avaient généralement adopté une législation sur le divorce et ses conséquences et avaient pu instaurer des obligations alimentaires légales post-divorce trouvant leur fondement dans la loi elle-même et non dans le mariage dissout.

**108.** Le problème de l'octroi ou non d'aliments à un conjoint fautif n'était toutefois pas toujours réglée par les législations en vigueur. Ainsi, si des législations comme celle de l'Ontario interdisaient expressément l'octroi d'une pension alimentaire à l'épouse coupable d'adultère, ce n'était en revanche pas le cas dans toutes les provinces canadiennes. Ainsi, les lois de l'Alberta et de la Saskatchewan prévoyaient qu'en cas de divorce, une pension alimentaire pouvait être attribuée à l'épouse sans qu'il soit tenu compte du fait qu'elle ait commis ou non adultère, ou qu'elle soit coupable ou non d'une faute<sup>264</sup>.

**109.** Là où les législations ne prévoyaient pas cette sanction automatique du conjoint, la discrétion des juges pouvait amener à ce refus. En effet, l'octroi et le montant de la pension, hors les cas de déchéances législatives automatiques, relevaient du pouvoir souverain des juges. Ces derniers devaient alors tenir compte des facteurs suivants : la fortune

---

<sup>263</sup> Trudel Gérard, *Traité de droit civil du Québec*, Wilson et Lafleur, 1942, p. 577. Voir également, Mayrand Albert, « L'obligation alimentaire entre les époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce », dans *Lois nouvelles II*, Les Presses de l'université de Montréal, 1970, p. 42. D'une manière plus générale, les sanctions prévues dans le cadre d'une séparation de corps étaient inapplicables au divorce, leur interprétation étant stricte, voir Mayrand, *op. cit.* p. 42.

<sup>264</sup> Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 531.



de l'épouse, la capacité du mari à payer ainsi que la conduite des parties<sup>265</sup>. Dans le cadre de la conduite des parties, le magistrat pouvait tout à fait prendre en considération les fautes commises par les époux. La conduite des parties, en particulier celle de la femme, s'appréciait tant pendant le mariage, qu'avant celui-ci. La cour, au regard du comportement de l'épouse, pouvait ainsi déterminer si oui ou non elle soumettrait la pension octroyée à la *dum casta clause*, c'est à dire à une clause posant comme terme le remariage de l'épouse.

**110.** La situation dépendait ainsi des provinces et des juges qui sanctionnaient ou non la faute des conjoints et l'unité était loin d'être atteinte en droit canadien. La loi fédérale de 1968 mit en place la première législation unifiée en matière de divorce au Canada. Cette loi, nous l'avons vu, reflétait les deux visions possibles du droit du divorce : le divorce-sanction et le divorce faillite. Le divorce pour faute étant conservé se posait donc la question de savoir dans quelle mesure la faute continuait à influencer les conséquences du divorce.

**111.** L'article 11 de la Loi sur le divorce de 1968 avait ouvert la possibilité au juge d'octroyer une pension alimentaire à l'un des époux, « s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'entre elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent ». Si, comme nous l'explique le professeur Mayrand, l'octroi de cette pension alimentaire ne paraissait pas en elle-même être une sanction de la faute commise par l'un des conjoints, le refus du droit alimentaire de ce conjoint constituait, pour sa part, une véritable sanction<sup>266</sup>. La conduite des parties qui était prise en compte lors de la détermination pouvait en effet amener au refus d'octroyer une pension alimentaire post-divorce pour le conjoint fautif. Néanmoins, ce refus était rare et il était peu admissible au Québec, et plus généralement au Canada, que la faute d'un époux soit sanctionnée par le refus de lui octroyer ce qui lui est nécessaire pour vivre. La sanction apparaissait plutôt sous le biais d'une diminution du montant de la pension qui se limitait alors au strict minimum vital<sup>267</sup>.

**112.** La nouvelle Loi canadienne sur le divorce de 1985 a totalement détaché la faute du droit au versement d'une pension alimentaire. L'article 15.2(5) de la Loi sur le divorce prévoit ainsi que « en rendant une ordonnance ou une ordonnance provisoire au titre

---

<sup>265</sup> Payne Julien D., *op. cit.*, p. 526 et s.

<sup>266</sup> Mayrand Albert, « L'obligation alimentaire entre les époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce », dans *Lois nouvelles II*, Les Presses de l'université de Montréal, 1970, p. 52.

<sup>267</sup> Mayrand Albert, *op. cit.*, p. 56.

du présent article, le tribunal ne tient pas compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage ». Le principe semble donc clair et l'objectivation en la matière totale. Mais, néanmoins, si le refus ou la diminution de la pension alimentaire n'est pas considéré comme une sanction du conjoint fautif en droit canadien, son comportement pourra être pris en considération s'il a une incidence économique significative. Ainsi, si l'adultère en lui-même n'a pas d'impact, la vie en concubinage de l'un des époux, par exemple, pourra avoir pour conséquence la diminution du montant de la pension versée par son conjoint<sup>268</sup>. La faute ne semble donc pas être prise en considération en tant que telle, mais ses incidences économiques, pour leur part, le sont.

**113.** Une autre situation particulière pourrait toutefois amener à la reconnaissance d'une certaine faute de la part d'un des conjoints. Dans le cadre du droit du divorce canadien, il est prévu que les époux, lorsqu'ils veulent divorcer, doivent lever les obstacles religieux qui empêchent leur remariage<sup>269</sup>. C'est en particulier le cas dans le cadre de la religion juive où les conjoints doivent échanger devant le rabbin un document, le « Ghet », qui leur permettra ensuite de se remarier. Si l'un des conjoints refuse de lever cet obstacle religieux au remariage le juge pourrait refuser certaines de ses demandes et en particulier une demande de pension alimentaire. La seule solution serait pour l'époux récalcitrant de prouver qu'il a des motifs d'ordre religieux ou de conscience pour justifier son refus<sup>270</sup>.

**114.** La faute a donc perdu une place fondamentale dans le cadre de la privation d'un époux fautif de ses droits alimentaires<sup>271</sup> même si elle peut encore intervenir, et cela essentiellement en droit français, dans de rares situations d'une exceptionnelle gravité. L'objectivation n'est donc pas tout à fait parfaite. Inversement l'octroi d'une pension alimentaire à un conjoint non fautif, peut-il constituer une sanction pour le conjoint fautif ?

---

<sup>268</sup> *Leskun c. Leskun* [2006] 1 R.C.S. 920, Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 248 et s.

<sup>269</sup> Article 21.1 de la *Loi sur le divorce*.

<sup>270</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 492.

<sup>271</sup> En Europe, seul des pays comme la Bulgarie, la Hongrie ou la Pologne, continuent de refuser une compensation aux conjoints aux torts exclusifs duquel est prononcé le divorce, Francoz Terminal Laurence, « Les conséquences du divorce en droit comparé », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°20.

## **B. L'octroi d'une pension alimentaire au conjoint innocent comme sanction du conjoint coupable**

**115.** Une des premières obligations, et certainement une des plus importantes, qui pouvaient être mise à la charge du conjoint fautif était l'obligation de verser des aliments à son conjoint. Si, aujourd'hui la faute du débiteur n'intervient plus comme condition d'une telle obligation, cela n'était néanmoins pas le cas antérieurement. Ainsi la pension alimentaire française antérieure à 1975 était très fortement marquée par la faute du débiteur même si son fondement était discuté. La pension alimentaire canadienne, dès son origine, semble avoir été détachée de toute idée de sanction et de faute de la part du débiteur.

**116.** L'obligation alimentaire post-divorce ne reposait effectivement pas sur une idée de sanction mais plutôt sur une idée d'intérêt public, d'aliment et de protection de l'ex-conjoint dans le besoin<sup>272</sup>. C'est en particulier ce qu'a reconnu Lord Atkin dans la décision *Hyman c. Hyman* de 1929<sup>273</sup>. Il considérait ainsi que le mari ayant une obligation alimentaire envers la femme pendant le mariage, celle-ci se retrouvant sans ressource après le divorce, une telle obligation devait peser sur le mari à la suite du divorce. Dans cette affaire la question était de savoir si les juges du divorce étaient liés par les conventions relatives aux pensions alimentaires passées entre les conjoints lors d'une séparation de corps et donc antérieurement au divorce. Lord Atkin considéra que les juges n'étaient pas liés par cette convention et que, de plus, ils leur revenaient d'apprécier ou non la nécessité de verser une pension alimentaire et ceci, dans l'intérêt public.

**117.** La loi sur le divorce de 1968, dans son article 11, a prévu qu'un époux pouvait recevoir une pension alimentaire si le tribunal l'estimait « juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de chacune d'elles et des circonstances dans lesquelles elles se trouvent »<sup>274</sup>, disposition qui, par son libellé, laissait beaucoup de discrétion au tribunal.

---

<sup>272</sup> Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 525.

<sup>273</sup> *Hyman c. Hyman*, [1929] A.C. 601, H.L. (E.), et plus particulièrement p. 629.

<sup>274</sup> Article 11 de la Loi sur le divorce de 1968.

**118.** En ce qui concerne la nature de cette obligation, tous les auteurs convenaient<sup>275</sup> qu'elle était de nature alimentaire. Ainsi, selon M. Albert Mayrand, le problème ne se posait pas dans les mêmes termes qu'en droit français où le divorce était alors exclusivement fondé sur la faute. Dans le cadre du droit du divorce canadien, comme nous l'explique M. Mayrand, l'idée de faute n'intervient pas et on a cherché à mettre en place un divorce pour cause objective, la faute conjugale, comme l'adultère ou la cruauté, étant toujours prise en considération pour prouver l'échec du mariage. En ce qui concerne plus particulièrement l'obligation alimentaire, elle est et a toujours été totalement détachée de l'idée de faute et d'indemnisation. L'octroi de cette pension découle en effet d'une disposition de la loi et c'est ce fondement légal et non le fondement issu de la faute qui prédomine dans l'obligation alimentaire canadienne.

**119.** M. Mayrand ajoute d'ailleurs que, même si la faute pouvait intervenir dans la détermination du quantum de la pension et qu'un époux fautif pouvait payer plus qu'un époux innocent, cela n'enlevait pas à la pension son caractère purement alimentaire<sup>276</sup>. La faute ne fondait donc pas le droit alimentaire existant entre ex-conjoint en droit canadien tant avant l'adoption de la loi de 1968 que sous le règne de cette dernière.

**120.** La Loi canadienne sur le divorce de 1985 a définitivement détaché la faute du droit au versement d'une pension alimentaire avec l'article 15.2(5) de la Loi sur le divorce interdisant au tribunal de tenir compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage. Le principe semblait donc clair et l'objectivation en la matière totale. Toutefois la décision *Leskun c. Leskun* de la Cour suprême de juin 2006<sup>277</sup> a réintroduit indirectement la faute dans le cadre de l'octroi d'une pension alimentaire entre ex-conjoint. Dans cette décision, la Cour sous la plume de l'Honorable Juge Binnie, a en effet considéré que si la faute d'un conjoint elle-même ne devait être prise en considération pour l'octroi

---

<sup>275</sup> Voir par exemple Mayrand Albert, « L'obligation alimentaire entre époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce », dans *Lois Nouvelles II*, Ed. Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 54 et suivantes.

<sup>276</sup> Mayrand Albert, *op. cit.*, p. 56.

<sup>277</sup> *Leskun c. Leskun*, [2006] S.C.J. N°25, pour des commentaires de cette décision voir Lyon Cecil J. « COMMENT: This time on the SCC's Leskun decision », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* n°15 (August 25, 2006), Cooligan Kathreen, « Comment: Is conduct creeping back into spousal support claims? », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* No. 10 (July 7, 2006), Schmitz Cristin, « SCC: Issues in a review order should be "tightly delimited" », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* No. 9 (June 30, 2006); Tétrault Michel, « Commentaires sur la décision *Leskun c. Leskun* – La faute d'un époux lors de la rupture, les conséquences de celle-ci sur l'obligation alimentaire et le concept de révision de la pension alimentaire », *Repères* Juillet 2006, *Droit civil en ligne*, Ed. Yvon Blais, EYB2006REP501.

d'une pension alimentaire, les conséquences de cette faute pouvaient, pour leur part, être prises en compte pour la détermination de la durée d'une telle pension<sup>278</sup>. La Cour donne alors l'exemple des conséquences psychologiques que la conduite d'un époux peut avoir sur l'autre et qui provoquait chez ce dernier une dépression l'empêchant ensuite d'exercer une activité professionnelle. Dans ce cas, l'état de dépression, et donc la conséquence de la faute, devrait être pris en compte pour l'octroi de la pension alimentaire. Ce sont donc les conséquences de la faute qui réintroduisent celle-ci et cela n'est alors pas sans rappeler l'adultère du conjoint débiteur de la pension qui avait pour conséquence la diminution du montant de la pension. La faute du conjoint n'est pas directement sanctionnée mais ce n'est pas pour autant que le conjoint qui en subit les conséquences ne doit pas obtenir une sorte de réparation par le biais de la pension alimentaire<sup>279</sup>. En droit français, une telle situation pourrait donner lieu à une réparation sur le fondement de l'article 266 du Code civil ou de l'article 1382 C.civ. (suivant que l'on considérera qu'elle est la conséquence du divorce en tant que tel ou seulement d'un évènement détachable du divorce). C'est, dans ces cas, la responsabilité pour faute en tant que telle qui joue et évite une distinction qui n'est peut-être pas toujours si évidente<sup>280</sup>.

**121.** L'idée de faute et de sanction fut en revanche plus marquée en droit français en ce qui concerne la pension alimentaire. Sous l'empire de la loi de 1884, dans un système où le divorce était fondé sur la faute, la pension alimentaire ne pouvait être versée qu'à l'époux innocent. Par le seul fait même, elle pouvait être considérée comme une sanction contre le conjoint fautif<sup>281</sup>. Toutefois, la nature de la pension alimentaire de l'ancien article 301 du Code civil était discutée en raison de ses caractéristiques. En effet, si elle apparaissait comme une sanction, elle a la forme d'une pension alimentaire. L'action en demande d'aliments pouvait ainsi être perçue comme une action indemnitaire qui entraînait le versement d'une pension alimentaire. Comme nous l'explique M. Pierron, la pension était perçue comme une

---

<sup>278</sup> « There is, of course, a distinction between the emotional *consequences* of misconduct and the misconduct itself. The consequences are not rendered irrelevant because of their genesis in the other spouse's misconduct. If, for example, spousal abuse triggered a depression so serious as to make a claimant spouse unemployable, the consequences of the misconduct would be highly relevant (as here) to the factors which must be considered in determining the right to support, its duration and its amount. The policy of the 1985 Act however, is to focus on the consequences of the spousal misconduct not the attribution of fault », § 21 de la décision.

<sup>279</sup> Pour un exemple d'application en droit québécois voir *V.Z. (P.) c. B.(I.)*, EYB 2006-111732 (C.S.), voir le commentaire de Tétrault Michel, « De choses et d'autres en droit de la famille », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation continue du Barreau du Québec 2007, Ed. Yvon Blais, p. 453

<sup>280</sup> Voir la remarque de Lyon Cecil J. concernant la distinction faite par l'Honorable Juge Binnie, « COMMENT: This time on the SCC's Leskun decision », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* n°15 (August 25, 2006), « As a simple sole practitioner who, ironically, practises in the shadow of the Supreme Court of Canada building, it is not for me to suggest that his lordship's observations amount to a distinction without a difference! »

<sup>281</sup> Esmein Paul, « Le double visage et les singularités de la pension après divorce », *D.* 1953, chron. page 67.

compensation de la disparition du devoir de secours<sup>282</sup>, disparition causée par le divorce et donc par la faute de l'un des conjoints. L'opinion dominante combinait ces deux conceptions et on pouvait parler « d'indemnité pour défaut d'aliments »<sup>283</sup>. La Cour de cassation<sup>284</sup> avait, pour sa part, décidé que « la pension de l'art. 310 C.civ. est une pension alimentaire destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours, dont elle constitue le prolongement et le substitut ».

**122.** Le fait que cette pension remplaçait le devoir de secours impliquait qu'elle était une pension alimentaire accordée à titre d'indemnisation et avait donc en grande partie le même régime que la pension alimentaire. Ce mélange entre l'indemnitaire et l'alimentaire entraînait des solutions jurisprudentielles variables en fonction du caractère qui était privilégié par le magistrat, alimentaire ou indemnitaire<sup>285</sup>. La renonciation à cette pension, ainsi que nous l'explique M. Eismen, avait ainsi été acceptée pendant un certain temps en raison du caractère indemnitaire de la pension, mais la Cour de cassation refusa cette possibilité en 1949 au nom, cette fois-ci, de la prédominance alimentaire<sup>286</sup>. Cette pension alimentaire, si elle paraissait avoir un caractère mixte, était néanmoins fortement marquée par l'idée de faute et servait avant tout à dédommager du préjudice causé par la perte du devoir de secours, attribuable à la faute du conjoint. La prestation compensatoire introduite dans le droit du divorce français pour remplacer l'ancienne pension alimentaire de l'article 301 fut détachée de l'idée de faute comme nous l'avons souligné précédemment. Elle marque donc la fin de l'idée de pension alimentaire comme sanction et permet une quasi objectivation de ce domaine du droit du divorce.

---

<sup>282</sup> Pierron J., « La nature juridique de la pension alimentaire allouée en cas de divorce », *JCP G.* 1950 I 852.

<sup>283</sup> Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2002.

<sup>284</sup> Cour de cassation, 28 juin 1934, *S.* 1934 I page 377.

<sup>285</sup> Voir en particulier les questions posées par Georges Ripert dans «Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce », *D.H.* 1927 p. 53.

<sup>286</sup> Esmein Paul, *op. cit.* p. 68.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**123.** A la suite d'un mouvement sociologique important et pour répondre à la montée de l'individualisme et de la nouvelle volonté de pacification des conflits sous-jacente dans la société, les droits français, canadien et québécois ont amorcé une objectivation du droit des conséquences pécuniaires du divorce.

**124.** Cette objectivation est désormais totale en ce qui concerne le sort des donations et avantages matrimoniaux et, même si l'objectivation dans ce domaine n'a été que tardive en France puisqu'il a fallu attendre la réforme du divorce de 2004<sup>287</sup> pour constater une telle évolution, un conjoint ne peut plus utiliser la faute de l'autre pour lui refuser le maintien d'une donation. Concernant les droits alimentaires, la disparition de la faute est intervenue dès 1975 en France avec la création de la prestation compensatoire et, au Canada, la Loi sur le divorce de 1985<sup>288</sup> a définitivement détaché le droit au versement d'une pension alimentaire du comportement fautif de l'un conjoint en interdisant au tribunal de tenir compte des fautes commises par l'un ou l'autre des époux relativement au mariage. Toutefois si le principe semble être une objectivation totale dans ce domaine, même la Cour suprême canadienne réintroduit des éléments de faute<sup>289</sup> et cette objectivation apparaît alors comme relative.

**125.** Mais l'objectivation des conséquences pécuniaires du droit du divorce est-elle aujourd'hui parfaite et faut-il rechercher dès à présent de nouveaux fondements pour ces conséquences ? En effet, si la pacification du divorce est aujourd'hui un des objectifs premiers des législateurs occidentaux, il demeure encore tant en droit français qu'en droit canadien et québécois que la faute survit dans certaines conséquences pécuniaires du divorce et que cette survie, nous le verrons, peut même apparaître comme nécessaire.

---

<sup>287</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.*

<sup>288</sup> Art. 15.2(5) de la *Loi sur le divorce.*

<sup>289</sup> *Leskun c. Leskun*, [2006] S.C.J. N°25.

## CHAPITRE II : UNE SURVIE NECESSAIRE

**126.** La faute n'a pas totalement disparu du droit du divorce et ceci tant en droit français que, et cela est peut-être plus étonnant, en droit canadien. Cette survie de la faute peut être due à différentes raisons qui ont été, en particulier, largement mises en valeur lors des différentes discussions sur la réforme du droit du divorce en France en 2004<sup>290</sup> (section I) et elle aura des implications importantes sur les règlements pécuniaires entre conjoints (section II).

### SECTION I : LES RAISONS DE LA SURVIE DE LA FAUTE DANS LE DROIT DU DIVORCE

**127.** Deux raisons principales semblent plaider pour la survie de la faute : la première plus théorique est relative à la faute considérée comme la sanction des obligations du mariage (I), la seconde, plus pratique, concerne la protection du conjoint victime par le jeu de la faute (II).

#### § 1. LA RAISON THEORIQUE : LA FAUTE, SANCTION DES OBLIGATIONS DU MARIAGE

**128.** Ainsi que l'expliquait le Barreau de Lille<sup>291</sup>, il n'y a pas de divorce sans mariage et, plus encore, la conception du divorce dépend de celle du mariage et vice-versa. Remettre en cause le divorce pour faute, et plus généralement, la faute dans le cadre du divorce, c'est remettre en cause une certaine conception du mariage. En effet, l'objectif premier du divorce pour faute est de sanctionner la violation des obligations nées du mariage. La disparition de cette sanction amène alors à une réflexion sur le mariage même. Un mariage sans obligation est-il encore un mariage, a-t'il encore une valeur ?

---

<sup>290</sup> En particulier lors de la discussion de la proposition Colcombet devant l'Assemblée nationale, voir en particulier Assemblée nationale, délégation aux droits de la femme et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, compte-rendu n°40 relatif à la réforme du divorce, fait par Mme Marie-France Clergeau, enregistré à l'assemblée nationale le 3 octobre 2001. Trouvé sur <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3294.asp>

<sup>291</sup> Barreau de Lille, *Rapport dénonçant la réforme du divorce de M. Colcombet*, trouvé sur [http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse\\_et\\_proposition.pdf](http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse_et_proposition.pdf), p. 23.



**129.** La loi, dans les deux droits étudiés<sup>292</sup>, a rattaché au mariage des obligations fondamentales que sont les obligations de fidélité, d'assistance ou encore de secours<sup>293</sup>. Si ces obligations disparaissent, quels sont alors l'intérêt et surtout la nature du mariage ? On sait que sa nature institutionnelle est largement battue en brèche<sup>294</sup>, la disparition de la faute irait alors plus encore dans le sens de cette désinstitutionnalisation en remettant en cause les obligations légales du mariage.

**130.** Ceci est d'autant plus vrai que certaines obligations du mariage peuvent avoir un intérêt particulier dans d'autres domaines que le mariage et que la disparition de leur sanction pourrait s'avérer problématique. C'est en particulier le cas de l'adultère. Bien que la sanction de celui-ci soit de plus en plus décriée au nom de la liberté des individus et de la libération des mœurs, la fidélité des époux et, plus particulièrement de l'épouse, peut avoir un intérêt dans le cadre de l'établissement de la filiation de leurs enfants. En effet, c'est parce que cette obligation de fidélité existe et qu'elle est sanctionnée qu'existe la présomption de paternité. Celle-ci, si elle peut paraître actuellement démodée, concerne encore aujourd'hui un peu moins de la moitié des enfants nés en France<sup>295</sup> et au Canada<sup>296</sup>. Même si l'on tend actuellement dans les deux droits à mettre les enfants nés dans ou hors mariage sur un pied d'égalité, il n'en reste pas moins que cette présomption de paternité demeure et reste un mode d'établissement de la paternité. Lors de la réforme du droit de la filiation française de 2005 il a paru nécessaire au législateur de la conserver<sup>297</sup>. Comme nous le précisent Mme Castelli et M. Goubau, elle est également essentielle car elle permet à l'enfant de déterminer facilement sa filiation dans le cadre du mariage et, de plus, correspond généralement à la filiation biologique<sup>298</sup>. Faire disparaître la sanction de l'obligation de fidélité remettrait donc en cause tout ce système d'établissement de la filiation.

---

<sup>292</sup> En l'occurrence il s'agit des droits français et québécois, le législateur fédéral canadien n'étant compétent, en ce qui concerne le droit du mariage, que pour légiférer sur les conditions de fond de celui-ci et non les conditions de formes et les effets de ce mariage.

<sup>293</sup> Article 212 du Code civil français et 392 et 394 du Code civil québécois. On peut également citer l'obligation de contribution aux charges du mariage, le devoir de respect...

<sup>294</sup> Lécuyer Hervé, « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce », *Dr. Fam.* Décembre 2001, p. 4, et plus particulièrement p. 5.

<sup>295</sup> 51,6 % sont nés hors mariage en France en 2008, voir internet de l'INED [www.ined.fr](http://www.ined.fr)

<sup>296</sup> Marcil-Gratton Nicole et Le Bourdais Céline, *Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes, Partie 2*, trouvée sur [http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/anlsc/part\\_two\\_01.html](http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/anlsc/part_two_01.html)

<sup>297</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°1164, p. 462.

<sup>298</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Presses de l'Université Laval, 5<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 205.

**131.** Avec la disparition de la faute dans le divorce, le mariage perdrait une part de son symbolisme et ses obligations de leur valeur, mais il perdrait également sa spécificité. En effet, en perdant sa sanction spécifique pour ses obligations spécifiques, le mariage perd toute son originalité et se soumet au droit commun. Qu'est ce qui va alors distinguer le mariage de l'union de fait ou du concubinage ?

**132.** La faute permet donc au mariage de conserver sa place et sa symbolique mais elle a également un intérêt pratique pour la victime.

## § 2. LES RAISONS PRATIQUES : LA PROTECTION DU CONJOINT VICTIME

**133.** Une femme française sur dix a subi des violences dans le cadre de sa vie, conjugale ou non, au cours de l'année 2000<sup>299</sup>, au Canada, 51% des femmes auraient subi au moins un incident de violence physique ou sexuelle depuis l'âge de 13 ans selon une enquête de Statistique Canada<sup>300</sup>. En 2004, 7% des femmes et 6% des hommes déclaraient avoir subi des violences conjugales au cours de l'année<sup>301</sup>. On considérait avant la réforme du divorce que environ 20% des divorces étaient des vrais divorces pour faute, des divorces où les torts étaient accordés exclusivement à l'un des conjoints, où la violence est souvent présente<sup>302</sup>... Seulement 20% diront certains, encore 20% nous contenterons nous d'ajouter. Dans 20% des divorces, un des conjoints n'avait pas respecté ses obligations conjugales et l'autre en avait été victime, il avait pu être victime de violences, avoir été trompé par son conjoint, ou encore avoir été abandonné. Pouvait-on alors pour ces 20% de divorcés abandonner toute idée de faute ? Est-il possible de dire à un conjoint battu, que le divorce pour faute n'existant plus, son époux n'est coupable d'aucune faute et ne lui doit aucune réparation ?

**134.** On peut imaginer que la réparation due à un conjoint victime d'une faute de son époux puisse se faire par le biais de la responsabilité de droit commun. Mais cette réparation est-elle

---

<sup>299</sup> Collectif, *Les violences conjugales en France : une enquête nationale*, collections « droits des femmes », la documentation française, 2003.

<sup>300</sup> Cité dans Des Rosiers Nathalie et Langevin Louise, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Ed. Yvon Blais, 1998, p. 3.

<sup>301</sup> Charmant Maggie, Taylor-Butts Andrea, Aston Cory, Johnson Sara, Mihorean Karen et Pottie-Bunge Valerie, « Chapitre 7: les femmes et la justice pénale », dans *Femmes au Canada, 5<sup>ème</sup> édition, Rapport statistique fondé sur le sexe*, Statistique Canada, Ministère de l'Industrie, 2006, p. 168.

<sup>302</sup> Barreau de Lille, *Rapport dénonçant la réforme du divorce de M. Colcombet*, trouvé sur [http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse\\_et\\_proposition.pdf](http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse_et_proposition.pdf), p. 15. Mme Théry dans le cadre de son étude sur 700 divorces très difficiles, 21% avaient pour cause la violence conjugale extrême, dans Théry Irène, *Le démariage, Justice et vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1996.

réellement suffisante ? Sur le plan pratique, la responsabilité de droit commun est généralement difficile à mettre en œuvre puisque l'époux victime doit commencer par prouver la faute, puis le préjudice et enfin le lien de causalité entre ces deux éléments. Une responsabilité spécifique à la situation des divorcés peut être plus adaptée en raison des conditions psychologiques et d'affection propres aux divorces.

**135.** Le divorce pour faute a également un véritable rôle symbolique, comme nous le fait remarquer M. Lécuyer<sup>303</sup>. Il marque la fonction juridictionnelle familiale de l'Etat et le rôle de cet Etat comme protecteur, dans une certaine mesure, de la paix des familles. Ce divorce pour faute a, de plus, un rôle psychologique essentiel pour le conjoint victime. En effet, le fait que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l'un des conjoints permet au conjoint victime de faire reconnaître par le juge, et par là-même par la société, les violences physiques ou morales dont il a été victime. Avec la disparition du divorce pour faute, et ce malgré l'existence de dommages-intérêts, c'est toute cette reconnaissance sociale qui disparaît.

**136.** La faute, ou tout du moins la reconnaissance de son existence ou de la responsabilité des conjoints dans la dislocation du couple, est aussi nécessaire pour faire un deuil du passé. C'est un des constats qu'a pu faire Irène Théry lors de son étude de 700 cas de divorces difficiles<sup>304</sup>. La faute ne disparaît jamais des divorces difficiles et, même si la volonté du législateur est de faire totalement disparaître le passé pour reconstruire l'avenir, elle est toujours présente chez les parties. La reconnaissance de la responsabilité de l'autre permet de la construction et la reconstruction psychologique des époux, et ceci alors même que leur propre responsabilité est mise en jeu. L'idée de faute et de responsabilité partagée est mieux acceptée par les époux qu'un divorce dans lequel on ferait totalement abstraction de la faute, comme le précise Mme Théry : « des responsabilités partagées dégagent du passé, sans besoin de césure »<sup>305</sup>.

**137.** La faute paraît donc nécessaire tant pour assurer le respect des obligations du mariage et assurer la spécificité de celui-ci par rapport aux autres unions comme le PACS ou l'union libre que pour protéger le conjoint victime de violences. Même si le nombre de décisions de divorce pour faute a beaucoup baissé depuis la réforme de 2005, un divorce sur dix est

---

<sup>303</sup> Lécuyer Hervé, « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce », *Dr. Fam.* Décembre 2001, p. 4, et plus particulièrement p. 5.

<sup>304</sup> Théry Irène, *op. cit.*, plus particulièrement les pages 283 et s.

<sup>305</sup> Théry Irène, *op. cit.*, p. 284.

toujours prononcé pour faute en France en 2010<sup>306</sup>. Lors de la réforme de 1975, le doyen Carbonnier<sup>307</sup> avait déjà fait remarquer la nécessité de conserver le divorce pour faute face à la population française qui n'aurait pas compris que l'un des époux adultère ou violent ne soit pas condamné pour ses fautes, c'est peut-être le cas aujourd'hui. La dernière réforme en droit français a également fait survivre cette idée selon laquelle la faute aurait encore une place dans le droit du divorce.

**138.** Elle est alors toujours présente dans le cadre des règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce en droit français et, de façon plus étonnante, en droit québécois et canadien.

## **SECTION II : LA SURVIE RELATIVE DE LA FAUTE DANS LES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE CONJOINTS**

**139.** Malgré la volonté des législateurs français, québécois et canadien de pacifier et d'objectiver le droit du divorce, la faute dans les rapports entre ex-conjoints continue de jouer tant dans les dispositions spécifiques au droit du divorce (I) que dans d'autres domaines du droit, civil et pénal (II).

### **§ 1. LA SURVIE DE LA FAUTE DANS LE DROIT DU DIVORCE : LA RESPONSABILITE SPECIFIQUE**

**140.** Alors que dans le droit canadien la volonté de détacher les conséquences du divorce de toute idée de faute fait qu'il n'existe pas de disposition spécifique entraînant la responsabilité de l'un des conjoints et, que, de plus, le droit de la responsabilité appartient, en vertu du partage des compétences aux législatures des provinces et non au Parlement fédéral, il n'en est pas de même en droit français où l'article 266 du Code civil existe toujours<sup>308</sup>. La France, à ce titre, fait alors figure d'exception au sein de l'Europe, la plupart des autres pays ayant réintroduit la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts entre époux dans le droit commun de la responsabilité<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Avena-Robardet Valérie, « Mariage, pacs et divorce : les chiffres », *AJ. Fam.* 2012 p. 122.

<sup>307</sup> Carbonnier J., « La question du divorce, mémoire à consulter », *D.* 1975 chronique p. 115.

<sup>308</sup> Article qui a d'ailleurs été réécrit dans le cadre de la réforme de mai 2004 ainsi que nous aurons l'occasion de le remarquer.

<sup>309</sup> Francoz Terminal Laurence, « Les conséquences du divorce en droit comparé », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°20

**141.** En droit français, la volonté de sanctionner l'époux fautif et de le condamner à verser des dommages-intérêts à son conjoint n'est pas nouvelle. Elle a toujours été accompagnée de l'idée que plus le divorce sanctionnerait l'un des époux moins il serait utilisé. Ainsi, comme nous l'explique Mme Lobin<sup>310</sup>, au XXème siècle, des auteurs, dans l'objectif de faire diminuer le nombre de divorces, avaient pensé à utiliser les dommages-intérêts. Ce fut le gouvernement de Vichy, gouvernement fortement opposé au divorce, qui instaura avec la loi du 2 avril 1941 des dispositions spécifiques portant condamnation de l'un des époux à verser des dommages-intérêts (l'article 301 alinéa 2 du Code civil). Le législateur de 1945 a conservé cette disposition et a considéré qu'on pouvait agir sur les causes de divorces en agissant sur les effets de celui-ci. Mme Lobin considère également que ces dommages-intérêts s'accordaient très bien avec le divorce sanction qui punissait lui aussi les fautes commises par l'un des conjoints et qui était la seule cause de divorce admise à l'époque.

**142.** L'introduction de l'article 301 alinéa 2 dans la loi de 1941 fut aussi considérée comme la consécration de la jurisprudence antérieure. En effet, avant l'adoption de cette loi, la jurisprudence avait admis la possibilité pour le conjoint innocent de demander des dommages-intérêts au conjoint fautif sur le fondement du droit commun et plus particulièrement de l'article 1382 du Code civil.

**143.** L'article 301 alinéa 2 prévoyait que « indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage ». Cette possibilité de dommages-intérêts se rapprochait à certains égards de la responsabilité de droit commun mais d'autres éléments l'en distinguaient également. Parmi les particularités de cette action, on peut remarquer que le conjoint innocent n'avait qu'à prouver le dommage qu'il avait subi et non, comme en droit commun, la faute de son conjoint et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice. La faute du conjoint était en effet présumée par le simple fait que le divorce avait pour seule cause la faute même de ce conjoint et le préjudice, à la différence du droit commun, découlait de la dissolution même du mariage. Une autre particularité de cette action en dommages-intérêts dans le cadre du divorce pour faute était que, en cas de divorce prononcé aux torts

---

<sup>310</sup> Lobin Yvette, « Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps », *JCP G.* 1953 I 1109.

partagés, aucun des conjoints ne pouvaient demander de dommages-intérêts à l'autre. En effet, ainsi que le précisait l'article 301 alinéa 2, seul le conjoint qui avaient obtenu le divorce, et par déduction celui qui l'avait « gagné », pouvait demander ce type de réparation. Dans le cadre du divorce aux torts partagés, chacun des conjoints étant considéré comme « perdant », l'action de 301 leur était fermée<sup>311</sup>. La possibilité aurait pu alors s'ouvrir aux conjoints d'agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil mais cela aurait certainement constitué une fraude à la loi.

**144.** Néanmoins la possibilité d'intenter une action après le divorce sur le fondement du droit commun de la responsabilité ne fut pas sans poser de question et il a en effet été nécessaire de déterminer les domaines d'actions respectifs des articles 301 alinéa 1, alinéa 2 et 1382 du Code civil. Comme nous l'explique Mme Lobin, les auteurs ont été partagés sur la question de savoir si l'alinéa 2 de l'article 301 pouvait réparer ou non tous les préjudices et, en particulier, le préjudice pécuniaire résultant de la disparition du devoir de secours. La Cour de cassation intervint alors en 1952<sup>312</sup> et permit de déterminer ainsi les différents champs d'application de ces articles : l'article 301 alinéa 1 s'appliquait pour le préjudice matériel résultant de la disparition du devoir de secours, l'article 301 alinéa 2 pour le préjudice résultant de la dissolution du mariage, l'article 1382 pour le préjudice résultant de fait distinct de la dissolution du mariage.

**145.** A la veille de la réforme de 1975, la situation était donc la suivante : bien que le droit commun puisse servir de fondement à une action en responsabilité, l'article 301 alinéa 2 permettait également au conjoint innocent d'obtenir des dommages-intérêts qui souvent avaient pour objectif de dédommager un préjudice essentiellement moral, le préjudice matériel se confondant souvent avec la perte du devoir de secours réparée, pour sa part, par l'article 301 alinéa 1<sup>er</sup>.

**146.** En 1975, l'idée de sanction persista également avec la conservation des dispositions de l'article 301 alinéa 2 dans le cadre de l'article 266 du Code civil. Cet article, dans sa version de 1975, prévoyait ainsi que « quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint ». L'alinéa 2 ajoutait

---

<sup>311</sup> Lobin Yvette, *op. cit.*, voir également Cass. civ. 7 mars 1951, *D.* 1951, p. 331.

<sup>312</sup> Cass. civ. 31 juillet 1952, *JCP G.* 1952 II 7317.

que cette action en dommages-intérêts ne pouvait être intentée qu'au moment de l'action en divorce ce qui permettait de limiter les conséquences du divorce au prononcé de celui-ci. La nouvelle situation précisant que cette action ne pouvait être intentée qu'à l'encontre de l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé, permettait donc de limiter le débat quant à l'utilisation de cette disposition. Dans le divorce aux torts partagés : cela est impossible.

**147.** La question du recours à l'article 266 dans le cadre d'un divorce pour rupture de la vie commune fut également controversée. En effet, ce divorce qui était fondé sur une idée de divorce pour cause objective comportait une idée de faute. Ce divorce pouvait être demandé par un conjoint qui a quitté le domicile conjugal et vécu séparé de l'autre pendant six ans. On ne pouvait donc nier que ce conjoint n'ait pas violé l'obligation de communauté de vie qui découle du mariage et ait donc commis une faute qui avait entraîné le divorce et pouvait être à l'origine de dommages-intérêts sur le fondement de 266. Mais la majorité de la doctrine refusa cette interprétation<sup>313</sup>. Effectivement, en instituant le divorce pour rupture de la vie commune, le législateur avait souhaité mettre en œuvre le principe du divorce pour cause objective et donc institué comme condition pour ce divorce la séparation de six années. Cette séparation était une condition légale et sanctionner sa cause serait revenu à nier le fondement objectif de ce divorce. De plus, le conjoint ne pouvait être sanctionné pour avoir usé d'une prérogative légale. L'analyse grammaticale de l'article 266 nous permet également de constater que seul le conjoint non fautif dans le cadre d'un divorce pour faute aux torts exclusifs pouvait agir et, comme nous le précise M. Guiton, si des députés avaient proposé un amendement étendant le champ d'application de l'article 266 au divorce pour rupture de la vie commune, cet amendement fut rejeté lors de la discussion de la loi de 1975<sup>314</sup> au motif qu'il n'y avait pas de faute dans le cadre de ce divorce. Seul le divorce pour faute aux torts exclusifs de l'un des époux rentrait donc dans les conditions de cet article, ce qui renforce bien la faute comme fondement de ces dommages-intérêts.

**148.** Cet article 266 nécessitait également une articulation avec la prestation compensatoire et l'action en dommages-intérêts de droit commun fondée sur l'article 1382 C.civ. Le raisonnement était alors le même que celui qui avait lieu sous l'empire de l'ancien article 301

---

<sup>313</sup> Guiton Didier, « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *D.* 1980 Chron. p. 243.

<sup>314</sup> Guiton Didier, *op. cit.*, p. 244.

alinéa 2. La Cour de cassation avait ainsi déterminé que des dommages-intérêts pouvaient être demandés sur le fondement du droit commun pour « un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal »<sup>315</sup>. Selon M. Hauser, on pouvait alors déterminer les différents domaines d'application des diverses réparations post-divorce de la façon suivante : l'article 266 pour la réparation des dommages accessoires à la séparation et l'article 1382 pour ceux simplement relatifs à la « mésentente conjugale »<sup>316</sup>. Ainsi, la responsabilité de droit commun de l'article 1382 du Code civil pouvait intervenir, par exemple, pour réparer le « préjudice subi par la femme du fait du refus du mari de lui ouvrir le domicile conjugal » ou encore « le fait pour l'époux coupable d'avoir transmis à son conjoint une maladie »<sup>317</sup>. Le dommage pouvait donc être moral comme physique. Dans le cadre du préjudice moral, M. Guiton nous fait également remarquer que l'adultère suivi de l'abandon du domicile conjugal, était un des faits antérieurs au divorce les plus retenus par la jurisprudence. La différence est néanmoins faible entre le préjudice issu du divorce lui-même et celui issu de faits antérieurs et la jurisprudence avait parfois tendance à utiliser le droit commun pour réparer l'intégralité du dommage subi et éviter de distinguer ainsi entre les deux types de dommages qui ont pu intervenir dans une même affaire<sup>318</sup>.

**149.** Le droit commun de la responsabilité intervenait également dans le cadre des divorces qui ne relevaient pas du domaine de compétence de l'article 266, en particulier, le divorce pour rupture de la vie commune. Mais, alors que la preuve de la faute n'est pas à rapporter dans le cadre de l'article 266, elle est essentielle dans le cadre de la responsabilité de droit commun et limite donc l'action de certains demandeurs, qui, bien qu'ayant subi un préjudice, ne peuvent prouver la faute de leur conjoint.

**150.** La Cour de cassation ayant déterminé les domaines d'application des articles 266 et 1382 du Code civil, le problème, comme le précise le Professeur Hauser<sup>319</sup>, revenait à déterminer le champ d'application de la prestation compensatoire, problème qui devait se résoudre par l'appréciation de l'élément de durée qui est attaché à cette prestation : durée tant pour le passé que pour l'avenir. A titre d'exemple, des dommages-intérêts sur le fondement de

---

<sup>315</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1990, *Bull.* n°21.

<sup>316</sup> Hauser Jean, « Petit guide des condamnations après divorce par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *RTDCiv.* 1996, p. 886. Voir aussi Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Thémis, 2002, p. 625.

<sup>317</sup> Guiton Didier, « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce », *D.* 1980 Chron. p. 247.

<sup>318</sup> Guiton Didier, *op. cit.*, p. 249.

<sup>319</sup> Voir Hauser, *op. cit.* p. 887.



l'article 266 du Code civil pouvaient être versés lorsque la dissolution du mariage était intervenue après une longue période de vie commune, ce fait « faisant [ainsi] ressortir que le préjudice subi par l'épouse du fait de la dissolution du mariage est un préjudice moral »<sup>320</sup>. Le préjudice réparé par l'article 266, comme avant la réforme de 1975 était essentiellement moral, et l'exemple cité précédemment le montre bien. De plus, comme nous le fait remarquer le doyen Carbonnier, l'indemnité octroyée dans le cadre de ces dommages-intérêts correspondait à une peine privée<sup>321</sup>. Dans certains cas, on pouvait néanmoins imaginer la possibilité des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 pour un préjudice matériel. Carbonnier citait alors à titre d'exemple des frais exceptionnels de déménagement ou encore la perte d'une chance précise de gains dans l'entreprise du conjoint<sup>322</sup>.

**151.** La réforme de 2004 n'ayant pas remis en cause la possibilité du divorce pour faute, elle n'a pas fait disparaître les dommages-intérêts de l'article 266. Le nouvel article 266 prévoit désormais que « sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages-intérêts peuvent être accordés en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il est défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande de divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint ». La nouvelle rédaction de cet article permet de voir une double direction suivie par le législateur. D'une part, il a souhaité ouvrir le champ d'application de cet article et a donné la possibilité à l'époux non demandeur dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal de demander des dommages-intérêts à son conjoint. Ce nouveau divorce, qui se voulait un divorce pour cause objective, retrouve donc un aspect fautif. Cette ouverture est liée à un amendement déposé lors de la discussion en 1<sup>ère</sup> lecture devant l'Assemblée nationale et correspond certainement, d'une part, à une volonté d'équité et, d'autre part, au fait de ne pas laisser sans possibilité l'époux qui, n'ayant pas demandé le divorce, se verrait, dans une certaine mesure, imposer celui-ci. Il s'agit alors de sanctionner le conjoint responsable de la dissolution du mariage<sup>323</sup>. On peut aussi penser que le législateur a souhaité régler les problèmes antérieurs quant à la possibilité ou non d'utiliser l'article 266 du Code civil dans le cadre d'un divorce pour rupture de la vie commune et donner alors aux conjoints ayant

---

<sup>320</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 janvier 2000, D. 2000 IR 96.

<sup>321</sup> Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Thémis, 2002, p. 625.

<sup>322</sup> Voir Carbonnier, *op. cit.* p. 607.

<sup>323</sup> Rapport de M. Delnatte, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat (n°1338), relatif au divorce, rapport n°1513, trouvé sur <http://www.assemblee-nat.fr/12/rapports/r1513.asp>, p. 82.

recours au divorce pour altération définitive du lien conjugal la même possibilité de mettre en œuvre de la responsabilité en évitant en effet d'avoir à prouver la faute comme cela est le cas pour la responsabilité de droit commun<sup>324</sup>. Toutefois, comme le fait remarquer le Professeur Lécuyer<sup>325</sup>, la protection n'est pas la même pour l'époux dont le divorce est prononcé aux torts exclusifs de sont conjoint et le conjoint défendeur dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal. En effet, dans le premier cas l'époux divorcé, à l'encontre duquel aucune faute n'a été reconnue, peut être à l'origine de la demande du divorce alors que cela ne sera jamais le cas du défendeur dans le second type de divorce. La logique et la protection sont donc différentes dans les deux cas.

**152.** Inversement, il est intéressant de remarquer que cet article n'est désormais ouvert que dans le cadre de « conséquences d'une particulière gravité »<sup>326</sup>. Comme l'explique le professeur Claux<sup>327</sup>, la notion de particulière gravité est une création de la loi de 2004 et si tout divorce entraîne un préjudice pour les conjoints, celui-ci doit donc être particulièrement grave pour obtenir une réparation sur le fondement de l'article 266. Il est nécessaire de prendre en compte des critères objectifs, une grave dépression amenant l'un des conjoints à quitter son emploi et étant la conséquence directe de la rupture pourra ainsi être prise en compte. Une des premières décisions relatives à cette notion de conséquences d'une extrême gravité a été rendue par la Cour d'appel de Paris le 20 février 2008<sup>328</sup>. Dans cette affaire, les deux époux, tout deux japonais, s'étaient mariés à Paris en 1981. La Cour a alors considéré que « l'épouse faisait valoir à juste titre que même si elle vit en France depuis longtemps le divorce intervenu dans un pays dont elle n'est pas native et où elle n'a pas sa famille lui cause un préjudice réel et renforcé ». La Cour lui alors accordé une somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts. Le préjudice subi par l'épouse en l'occurrence était un préjudice moral et il est intéressant de remarquer que la Cour ne parle pas d'un préjudice d'une particulière gravité mais d'un préjudice renforcé qui semble être un concept plus ouvert. La Cour de cassation a rendu une première décision en la matière le 1<sup>er</sup> juillet 2009<sup>329</sup>. Elle a alors

---

<sup>324</sup> Voir l'analyse de Hervé Lécuyer sur le sujet et la problématique qui ne porterait pas sur la cause du préjudice mais sur la nature de celui-ci, Lécuyer Hervé, « Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2010, n° 254, p. 10.

<sup>325</sup> Lécuyer Hervé, *op. cit.*

<sup>326</sup> Voir Maizy Marie-Bénédicte et Cadars Beaufour Céline, « Conséquences patrimoniales liées à la faute », *AJ Fam.* 2011 p. 81.

<sup>327</sup> Claux Jean-Pierre, « Dommages-intérêts : article 266 du code civil », *AJ Fam.* 2013 p. 51.

<sup>328</sup> Cour d'appel de Paris, 24<sup>ème</sup> chambre, 20 février 2008, juris-data 2008-356143, commentaires de Larribeau-Terneyre Virginie, *Dr. Fam.* avril 2008, com. n°55 p. 18.

<sup>329</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, commentaire de Piwnica Dominique, « Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 24 mai 2004 », *JCP G* 2009 n°49, p. 44, chronique n°407 ; Massip Jacques,

considéré qu'en condamnant le mari à payer des dommages intérêts à sa femme en se limitant à constater qu'il « a quitté sa femme après 39 ans de mariage, dans des conditions difficiles et en recherchant une nouvelle compagne, ce qui a entraîné pour Madame un préjudice moral », la Cour d'appel a justifié sa décision par « des motifs insuffisants à caractériser les conséquences d'une particulière gravité subies par Monsieur du fait de la dissolution du mariage ». La jurisprudence considère que sont des conséquences d'une particulière gravité, « celles qui excèdent celles affectant habituellement toute personne se trouvant dans la même situation »<sup>330</sup>. C'est ainsi qu'a pu être indemnisée une épouse qui a dû supporter la défection de son mari avec lequel elle exploitait un poney club et engager un salarié pour le remplacer, ce qui a alourdi les charges de l'entreprise<sup>331</sup>. De même, une épouse a été indemnisée sur le fondement de l'article 266 du Code civil car son mari avait quitté le domicile conjugal après 32 ans de mariage et lui avait annoncé son départ par mail. Ce départ était apparu très brutal et l'épouse qui s'était beaucoup investie dans le mariage a fait l'objet d'une hospitalisation suite à ce départ puis d'un suivi médical en raison d'un état psychique altéré<sup>332</sup>.

**153.** S'il est vrai que l'octroi de ces dommages-intérêts pouvait antérieurement amener à attiser la rancœur préexistante entre les époux, la limitation instaurée avec « les conséquences d'une particulière gravité » sera, au contraire, un facteur de pacification. Le législateur dans ce cas a mis en place une sorte de demi-mesure permettant à la fois d'objectiver le droit des conséquences du divorce mais aussi de réintroduire la faute dans un divorce pour pure cause objective. Cette réintroduction de la faute n'est d'ailleurs pas sans rappeler la clause de dureté par laquelle un conjoint innocent pouvait demander au juge de rejeter une demande de divorce pour faute si celui-ci devait avoir pour lui ou les enfants des conséquences d'une exceptionnelle dureté<sup>333</sup>. Toutefois, on peut se demander si pour les conséquences qui ne seront pas d'une exceptionnelle gravité, la responsabilité de droit commun et l'article 1382 du Code civil seront de nouveau utilisables<sup>334</sup>. De même que cette responsabilité de droit

---

« Les dommages-intérêts accordés en raison des conséquences d'une particulière gravité résultant du divorce », *Petites affiches*, 28 janvier 2010, n°20, p. 11.

<sup>330</sup> Voir Brusorio-Aillaud Marjorie, « L'article 1382 du Code civil et le divorce : quelques applications récentes originales », *Lexbase Hebdo édition privée* n° 504, 8 novembre 2012.

<sup>331</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011 n° 10-14853, inédit.

<sup>332</sup> Cour d'appel de Versailles, 18 octobre 2012, non publié, n° 11/07189, n° *Lexbase* A5964IUG. Pour d'autres exemples de jurisprudences, voir Mulon Elodie, « Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2014, n°19 à 20, p. 8.

<sup>333</sup> Ancien article 240 du Code civil.

<sup>334</sup> Voir Stéphane David, « La distinction parfois subtile des dommages-intérêts alloués après divorce », commentaires sur la décision Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2007, *AJ. Fam.* 2007, 7/8, juillet août, p. 26.

commun comblait antérieurement les limites de l'article 266 pour les divorces qui n'étaient pas pour faute<sup>335</sup>, elle devrait également permettre de réparer des préjudices moins graves.

**154.** La question se pose également de la place à donner tant à l'article 266 qu'à l'article 1382 du Code civil depuis la dernière réforme du divorce. La nouvelle formulation n'a pas réglé le problème<sup>336</sup> et la Cour de cassation continue à préciser, pour des affaires jugées sous l'empire de la loi ancienne comme de la nouvelle loi que ces deux articles ne sont pas interchangeables<sup>337</sup>, même si la distinction demeure parfois subtile<sup>338</sup>. L'article 1382 du Code civil joue toujours pour réparer le préjudice distinct de la rupture du lien matrimonial<sup>339</sup> et la Cour de cassation a réitéré sa position selon laquelle l'article 266 ne pouvait réparer des préjudices antérieurs à la dissolution du mariage<sup>340</sup>. Des auteurs considèrent même que, malgré l'existence de ces deux fondements de responsabilité, certains préjudices ne sont pas réparés. En effet, la jurisprudence exclut du champ d'application de l'article 1382 tous les préjudices liés à la dissolution, sans distinguer entre ceux d'une particulière gravité et ceux qui ne le sont pas. Les préjudices liés à la dissolution qui ne sont pas d'une particulière gravité ne rentrent alors ni dans le champ de l'article 266 ni dans celui de l'article 1382 du Code

---

<sup>335</sup> Elle continuera également à permettre l'octroi de dommages intérêts dans le cadre d'un divorce aux torts partagés, possibilité qui n'est pas ouverte par l'art. 266 C.civ. Voir Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2012, *Dr. Fam.* 2012, com. n°118.

<sup>336</sup> Voir Hauser Jean, « Le divorce nouveau et la responsabilité », *Droit & Patrimoine* 2005, n°136 p. 78. Voir également Oudin Federica, « Indemnités entre époux divorces : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n°2 p. 6.

<sup>337</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2007, *Dr. Fam.* février 2007, p. 35, com. n°37, commentaires Larribau-Terneyre Virginie. Piwnica Dominique, *op. cit.*, 45. La Cour de cassation considère également que les deux responsabilités ne sont pas cumulables et que les juges ne peuvent décider que l'une des demandes est principale et l'autre subsidiaire, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, *Dr. Fam.* 2013, com. n°28, commentaires Larribau-Terneyre Virginie. De même, une Cour d'appel ne peut décider d'octroyer des dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil alors que la demande de l'épouse avait pour seul fondement l'article 266. La Cour de cassation considère en effet que la Cour d'appel a modifié en l'occurrence l'objet du litige, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, *Dr. Fam.* 2013, com. n°64, commentaires Larribau-Terneyre Virginie. Pour une analyse de la jurisprudence des dix dernières années et le constat que malgré certaines difficultés de compréhension des Cours d'appel, le domaine d'application des deux articles semble relativement clair pour la Cour de cassation, voir Casey Jérôme, « Article 1382 et 266 du Code civil – Analyse de jurisprudence et synthèse », *Dr. Fam.* 2015, dossier n° 34.

<sup>338</sup> Voir Stéphane David, *op.cit.*, p. 26. Voir également l'analyse de Kessler Guillaume, « Les dommages intérêts dans le divorce : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, dossier n° 35 qui souligne les différences d'interprétation entre les Cours d'appel quant au domaine d'application des deux articles.

<sup>339</sup> Voir Larribau-Terneyre Virginie, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 2005, *Dr. Fam.* octobre 2005, p. 25 ; Jurisprudence en droit de la famille, *Gaz. Pal.* 7 juin 2009, 26 et s. ; Burgaud Marlène, « Les sanctions du comportement d'un époux à l'occasion de la dissolution du mariage », *Petites affiches*, 5 février 2009, p. 16 (note sous les arrêts de la Cour de cassation des 5 et 19 novembre 2008) ; Larribau-Terneyre Virginie, « Dommages-intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du Code civil avant et après la loi du 26 mai 2004 », *Dr. Fam.* mai 2009, p. 25.

<sup>340</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mars 2014, *RJPF* mai 2014.

civil. Ils ne peuvent ainsi être réparés<sup>341</sup>. Une décision particulière de la Cour d'appel de Paris<sup>342</sup> doit toutefois être notée. Dans cette affaire, le mari, pharmacien, avait été condamné pour escroquerie à la carte vitale et avait été contraint de vendre son officine sans pouvoir en tirer un bénéfice. Son épouse qui travaillait avec lui avait été licenciée. Comme il n'existait pas de disparité de vie entre les époux, une prestation compensatoire n'a pu être accordée. Néanmoins, la Cour a condamné le mari au paiement de 80 000 € de dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil aux motifs que l'époux était à l'origine de la perte de chance par sa conjointe de percevoir une prestation compensatoire. Dans ce cas exceptionnel, le versement de dommages intérêts est bien en lien direct avec les conséquences du divorce et compense, dans une certaine mesure, l'impossibilité pour l'épouse de percevoir une prestation compensatoire.

**155.** « Si on veut chasser la faute par une porte, elle va nécessairement revenir par une autre » disait Mme Flour lors de l'étude la proposition Colcombet<sup>343</sup>... Ceci se manifeste particulièrement dans l'application des articles 1382 et 266 du Code civil français, le législateur limitant la responsabilité pour faute dans le cadre du divorce avec les dispositions de l'article de 266 et la jurisprudence ouvrant, au contraire, la responsabilité de droit commun aux cas non couverts par cet article. La disparition de la faute dans le droit du divorce n'implique-t'elle pas sa réapparition dans d'autres domaines du droit ?

## **§ 2. LE DEPLACEMENT DE LA FAUTE VERS D'AUTRES DOMAINES DU DROIT**

**156.** La faute paraît donc avoir quasiment disparu dans le cadre des règlements pécuniaires du divorce. Elle réapparaît toutefois dans d'autres domaines du droit et le conjoint fautif pourra alors être sanctionné tant sur le fondement du droit civil (A), que du droit pénal (B).

### **A. La réapparition de la faute par le biais du droit civil.**

---

<sup>341</sup> Mulon Elodie, « Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2014, n°19 à 20, p. 8.

<sup>342</sup> CA Paris, 11 mars 2014, Jurisdata n°2014-004545, commentée par Kessler Guillaume, « Le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, janvier, étude n° 1.

<sup>343</sup> Mme Flour Yvonne, *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative à la réforme du divorce*, Rapport déposé le 3 octobre 2003 à l'Assemblée Nationale, trouvé sur <http://www.assemblee-nationale.fr/rap-info/i3294.asp>

**157.** Deux champs d'actions vont permettre à la faute d'un époux de réapparaître : le premier est celui de la responsabilité de droit commun (1), le second, moins traditionnel, est celui du droit des successions (2).

*1. La mise en œuvre de la responsabilité pour faute de droit commun*

**158.** L'existence de l'article 266 en droit français n'a jamais écarté la possibilité d'un recours des époux sur le fondement du droit commun de la responsabilité, les deux responsabilités se complétant selon soit le type de divorces, soit le type de préjudices<sup>344</sup>. En droit québécois, le droit commun constitue le seul recours possible pour le conjoint ayant subi un préjudice, la loi sur le divorce ne prévoyant aucun recours en dommages-intérêts entre les conjoints en raison, en particulier, de l'incompétence du Parlement fédéral à agir dans ce domaine.

**159.** La possibilité d'un recours entre époux ne va en effet pas à l'encontre des principes généraux du droit de la famille québécois<sup>345</sup>, et la jurisprudence admet de plus en plus de tels recours. Il peut toutefois être intéressant de remarquer que si l'action entre époux pour cause d'adultère n'a pas posé de problème<sup>346</sup>, cela fut moins le cas en matière de violences conjugales<sup>347</sup>.

**160.** En ce qui concerne la possibilité en droit canadien de demander des dommages-intérêts en cas d'adultère de son conjoint, celle-ci a existé pour le mari trompé dans les provinces de *common law* avant même l'adoption de la loi sur le divorce de 1968. Cette possibilité essentiellement ouverte au mari, s'apparentait à un délit criminel, le délit de « *criminal conversation* ». Ce recours pouvait être intenté par le conjoint trompé lorsque les relations sexuelles adultères étaient prouvées<sup>348</sup>. Néanmoins, bien que ce droit à des dommages-intérêts ait été fondé sur la faute, on considérait que le principe sous-jacent à ce dédommagement n'était pas de faire un exemple ou de punir mais plutôt de dédommager le mari pour la « valeur » de sa femme ou pour le dommage subi par son honneur ou celui de sa

---

<sup>344</sup> Voir entre autres le n° 150.

<sup>345</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 460.

<sup>346</sup> M. Pineau ne se pose en effet aucune question sur la validité d'un possible recours en dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada en cas d'adultère, Pineau Jean, *Mariage, séparation, divorce, l'état du droit au Québec*, Ed. P.U.L., 1976, p. 80.

<sup>347</sup> Champagne Claude, « L'action en dommages-intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil », (1983) 43 *R. du B.* 797

<sup>348</sup> Pour une définition du tort de criminal conversation voir Rosen Law Firm, « Alienation of affections and criminal conversation », <http://www.rosen.com/ppf/law/Divorce/rosen/201/articles.asp>

famille<sup>349</sup>. Cette action issue du droit anglais n'était toutefois pas limitée au seul adultère de la femme même si le plus souvent, c'est dans le cas de l'adultère de cette épouse qu'une telle action était mise en œuvre<sup>350</sup>.

**161.** Cette action de *criminal conversation* a trouvé son complément avec l'action en aliénation d'affection<sup>351</sup>, action qui trouvait son fondement dans les principes gouvernant la responsabilité civile. Le conjoint devait alors prouver que le complice de son époux avait, par ses agissements, aliéné l'affection que l'autre lui portait. Les relations sexuelles n'étaient pas nécessaires dans le cadre de cette action<sup>352</sup>, le tiers poursuivi devait, par sa conduite, avoir détourné l'époux de son conjoint. La privation d'affection devait être le résultat d'une conduite fautive et dolosive de la part de l'amant<sup>353</sup>.

**162.** La nature de cette action peut s'avérer intéressante à analyser. Ainsi, comme nous l'explique M. Baudouin<sup>354</sup>, des décisions anciennes utilisaient l'idée, de même que pour le *criminal conversation*, d'une sorte de propriété du mari sur son épouse comme justification de cette action, l'immixtion du tiers constituant alors une violation de ce droit de propriété<sup>355</sup>. Mais la société évoluant, cette action, de plus en plus rare, est de moins en moins acceptée, « l'idée sur laquelle elle était fondée, soit le séducteur qui détourne la femme de son mari, ne correspond plus aux mentalités actuelles »<sup>356</sup>.

**163.** En droit français, la question de la responsabilité du complice de l'adultère avec le conjoint fautif s'est également posée. La seconde chambre civile de la Cour de cassation a

---

<sup>349</sup> Payne Julien D., *The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964, p. 165, dans lequel il est fait mention de "actual value of his wife" to him. C'était donc avant tout l'utilité de l'épouse qui était prise en considération.

<sup>350</sup> Voir en particulier la décision de la Cour suprême *Kungl c. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443. A titre d'information, un conjoint de fait homosexuel a tenté de demander la condamnation de l'amant de son conjoint sur le fondement du *criminal conversation* devant la Cour suprême de la Colombie Britannique en 1999, la demande fut refusée au motif que le « tort de *criminal conversation* » avait été aboli en Colombie Britannique en 1966, voir *Gregory Wald c. John Horning*, Cour suprême de la Colombie Britannique, no C980002, Canlii.

<sup>351</sup> Pineau Jean, *Mariage, séparation, divorce, l'état du droit au Québec*, Presses de l'Université Laval, 1976, n°108 p. 81. Voir également Popovici Adrian, « De l'aliénation d'affection : essai comparatif et critique », [1970] 48 *R. du B. Can.* 235, p. 261.

<sup>352</sup> Nadeau André, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Ed. Wilson et Lafleur, 1971, p. 213.

<sup>353</sup> Voir Baudouin Jean-Louis et Deslauriers Patrice, *La responsabilité civile*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2007, p. 239.

<sup>354</sup> Baudouin Jean-Louis, *Traité élémentaire de droit civil, la responsabilité délictuelle*, Ed. Presses de l'Université de Montréal, 1973, n°167.

<sup>355</sup> Popovici Adrian, « De l'aliénation d'affection : essai comparatif et critique », [1970] 48 *R. du B. Can.* 235, p. 235

<sup>356</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Presses de l'Université Laval, 2005 p. 98.

tranché la question dans une décision du 5 juillet 2001<sup>357</sup>. Le mari avait trompé son épouse. La seconde chambre civile rejeta le pourvoi de cette dernière en dommages-intérêts au motif que « le seul fait d'entretenir une liaison ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse ». Seul l'adultère accompagné d'actes susceptibles de blesser le conjoint innocent, comme une atteinte à son honneur et à sa réputation, peut donc donner lieu à un dédommagement. Cette solution s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence qui, depuis la fin des années 1990, dégage de toute responsabilité le complice du conjoint adultère. Cela n'était pas le cas antérieurement, comme nous l'expliquent MM. Mestre et Fages<sup>358</sup>. En effet la solution jurisprudentielle était alors inverse et les juges renaient systématiquement la responsabilité de ce conjoint complice. Ce revirement constitue également la suite logique de la dépénalisation de l'adultère et de sa limitation aux seules relations entre les conjoints et non par rapport aux tiers. Cette évolution marque aussi une limitation de la faute aux seules relations conjugales, à l'exception de fautes caractérisées, comme l'atteinte à l'honneur, qui, elles, joueront un rôle quelles que soient les relations existantes entre les personnes. Dans le cadre du droit commun des contrats, en vertu du principe d'opposabilité du contrat, les tiers ne peuvent faire des actes qui vont à l'encontre de celui-ci. Cette opposabilité fait peser une obligation de ne pas faire sur ces tiers, obligation qui si elle n'est pas respectée sera sanctionnée sur le fondement de la responsabilité délictuelle<sup>359</sup>. Avec la jurisprudence interdisant le recours contre le tiers complice d'adultère, le mariage est alors moins bien protégé qu'un simple contrat puisque l'époux victime de cet acte d'adultère fait à l'encontre du mariage n'a aucun recours.

**164.** Si le droit québécois a accepté la possibilité d'une responsabilité d'un tiers envers un conjoint sur le fondement de l'action en aliénation d'affection, la mise en œuvre de la responsabilité de droit commun entre époux fut plus discutée. En ce qui concerne le versement de dommages-intérêts à titre de dédommagement au manquement au devoir de secours, on aurait pu penser que la faute donnant ouverture au divorce ayant pour effet la disparition du devoir de secours, entraîne également le versement d'un dédommagement. Si le mariage disparaissait, et avec lui tous les effets qui y sont attachés, comme nous le fait remarquer M. Mayrand, le droit commun subsistait et avec lui le droit de la responsabilité.

---

<sup>357</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 juillet 2001, *Bull.* II, n°136. Voir Ruffieux Gaëlle, *Les sanctions des obligations familiales*, Ed. Dalloz, 2014, n° 61, p. 68 et s.

<sup>358</sup> Mestre Jacques et Fages Bertrand, « Jurisprudence française en matière de droit civil, Obligations et contrats spéciaux », *RTDCiv.* 2001, p. 893.

<sup>359</sup> Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013, n° 490, p. 547.



Les tribunaux n'ont néanmoins pas retenu cette solution<sup>360</sup>. Ils ont plutôt considéré comme immoral le fait que l'un des époux demande des dommages-intérêts et que, au surplus, une loi valide, la loi privée qui prononçait, en l'occurrence, le divorce pour les québécois, ne pouvait être envisagée comme pouvant causer préjudice.

**165.** Jusqu'au début des années 1980, le principe était plutôt celui selon lequel la seule sanction dont pouvait se prévaloir la femme battue était la séparation de corps puis, plus récemment, le divorce<sup>361</sup>. Malgré l'existence de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada instituant le principe général de la responsabilité pour faute, aucun avocat n'avait soutenu la responsabilité du mari violent sur le fondement de cette responsabilité. La décision reconnue par la Cour supérieure en 1982 dans l'affaire *Beaumont-Butcher c. Butcher*<sup>362</sup> constitue alors un véritable revirement dans la jurisprudence québécoise, revirement d'autant plus important, ainsi que nous le rapporte M. Champagne, que cette même Cour avait énoncé en 1957<sup>363</sup> qu'il était immoral qu'un époux puisse obtenir réparation pour un dommage autre qu'un dommage aux biens. L'affaire *Beaumont* est donc essentielle en la matière. Les raisons qui ont fait évoluer la jurisprudence sont certainement liées à l'évolution de la société, à la reconnaissance de l'inviolabilité de la personne et donc par là même au rejet des violences conjugales comme nous le fait remarquer l'honorable juge Gratton<sup>364</sup>. Mais les faits de l'affaire étaient également d'une particulière gravité. Les époux vivaient en effet séparés au moment des faits. Un soir le mari s'est rendu chez sa femme pour régler des problèmes financiers et en arrivant chez elle, prétextant avoir soif, s'est rendu à la cuisine, en est revenu armé d'un couteau et infligea à sa femme de multiples coups à la tête, aux bras, au thorax et au dos, la laissant inconsciente. Le mari, dans sa défense, s'est appuyé sur le droit anglais et celui des provinces de *common law* pour faire valoir le fait que les recours en dommages-intérêts entre les conjoints sont interdits. Le juge a rejeté cet argument au motif que le droit québécois s'est formé indépendamment de la *common law* et constitue un corps de règle autonome dans lequel s'inscrit en particulier la responsabilité de droit commun. Le juge a également précisé que les dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada ne font pas double emploi avec la pension alimentaire. Enfin, la société ayant

---

<sup>360</sup> *Dame Gauthier c. Dragon* [1957] C.S. 89, voir également Pineau Jean, *La famille*, Ed. Les presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 278 et s.

<sup>361</sup> Champagne Claude, « L'action en dommages-intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil », (1983) 43 *R. du B.* 797.

<sup>362</sup> *Beaumont-Butcher c. Butcher*, [1982] C.S. 893.

<sup>363</sup> Dans l'affaire *Gauthier c. Dragon*, [1957] C.S. 89.

<sup>364</sup> *Beaumont-Butcher c. Butcher*, [1982] C.S. 893, p. 895.

évolué, le droit devait en faire de même et condamner le mari à payer des dommages intérêts à son épouse. M. Butcher fut condamné à verser près de 42 000 \$ Can. à sa femme, ce qui, selon M. Champagne, devait dissuader un certain nombre de conjoints de battre leur femme<sup>365</sup>.

**166.** Depuis cette affaire, les juges québécois n'hésitent pas à condamner des maris pour des violences commises pendant le mariage ou au cours même de la vie commune pour les conjoints de fait. On notera par ailleurs que, selon cette même jurisprudence, la prescription ne commence à courir que lorsque l'épouse est en mesure d'agir contre son conjoint, généralement après la séparation du couple<sup>366</sup>. Le fondement de cette action se retrouve aujourd'hui dans l'article 1457 du Code civil du Québec qui pose le principe général de la responsabilité et reprend le principe édicté par l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada. Cette possibilité d'agir sur le fondement du droit commun va certainement à l'encontre de la volonté d'objectivation du législateur, considérant la réforme opérée par la Loi sur le divorce de 1985 qui a mis en place une véritable rupture entre la faute et les conséquences du divorce. Mais la décision rendue en 1980 répondait à une vraie nécessité, celle de la reconnaissance qu'un conjoint puisse être la victime de l'autre, et qu'il a besoin d'être protégé. La violence est présente au Canada. Comme dans d'autres pays, elle touche de nombreuses femmes mariées et les victimes de violences sexuelles et conjugales, comme nous l'expliquent Mmes Des Rosiers et Langevin, se tournent de plus en plus vers les tribunaux pour demander une indemnisation<sup>367</sup>. Cette résurgence de la faute par le biais de la responsabilité de droit commun dans le cadre du divorce répond à une demande sociale et se veut une réponse à ces violences.

**167.** La responsabilité de droit commun joue donc un rôle essentiel dans l'indemnisation d'un conjoint battu ou qui a subi un préjudice à la suite du divorce. Elle constitue ainsi un moyen très efficace de réintroduire la faute dans le cadre du divorce. Lors de la présentation de son projet de réforme, M. Colcombet souhaitait même faire de cette action en

---

<sup>365</sup> Champagne Claude, « L'action en dommages-intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil », (1983) 43 *R. du B.* 797, p. 800.

<sup>366</sup> Voir *Marcoux c. Légaré*, [2000] *R.R.A.* 521. En l'occurrence il avait été admis que l'épouse puisse agir en 1996 pour des sévices subis à partir de 1974.

<sup>367</sup> Des Rosiers Nathalie et Langevin Louise, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Ed. Yvon Blais, 1998, p. IX.

responsabilité de droit commun le seul recours ouvert aux époux<sup>368</sup>. Néanmoins, bien que bénéficiant des recours de droit commun les époux auraient eu un sort moins favorable que toute victime puisque, comme nous l'explique M. Lécuyer, leur action en responsabilité aurait été limitée au moment de l'instance en divorce et non après cette demande et ils n'auraient donc pas pu bénéficier des délais de droit commun de l'action en responsabilité<sup>369</sup>.

**168.** Une autre possibilité de réintroduction de la faute vient également d'intervenir avec le nouveau droit relatif aux donations entre conjoints.

## 2. *Le droit des donations*

**169.** En droit français, le droit commun et le jeu de la faute peuvent également jouer avec les nouvelles règles s'appliquant au sort des donations entre conjoints. Désormais, les donations de biens présents entre époux prenant effet au cours du mariage et après le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>370</sup> sont soumises aux règles de droit commun et leur sort à la suite du divorce ne dépend plus de l'attribution des torts lors d'un divorce pour faute<sup>371</sup>.

**170.** Il est néanmoins possible d'utiliser le droit commun des donations et de prouver l'ingratitude du conjoint donataire ou l'inexécution des conditions sous lesquelles cette donation avait été faite pour pouvoir remettre en cause ces donations<sup>372</sup>. Concernant la révocation pour inexécution des charges, elle est transposable pour les époux et les juges la mettront en œuvre lorsqu'ils considéreront que la charge est un élément essentiel de la donation<sup>373</sup>. La faute peut plus particulièrement réapparaître dans le cadre de l'ingratitude. L'ingratitude intervient en effet dans trois cas déterminés à l'article 955 C.civ. Ces trois cas sont l'atteinte à la vie du donateur, le refus d'aliment et le cas où le donataire s'est rendu coupable de sévices, délits ou injures graves envers le donateur. Il est alors tout à fait

---

<sup>368</sup> Proposition de loi de M. Colcombet relative à la réforme du divorce, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001, trouvée sur <http://www.assemblee-nationale.fr/propositions/pion3189.asp>.

<sup>369</sup> Lécuyer Hervé, « Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce », *Dr. Fam.* Décembre 2001, p. 4, et plus particulièrement p. 5.

<sup>370</sup> Article 47 III de la Loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

<sup>371</sup> Mahinga Jean-Grégoire, « Les libéralités entre époux après la Loi n°2004-439 du 26 mai réformant le divorce », *JCP G* 2005, n°4, p. 131. Piedelièvre Stéphane, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, chronique p. 2512.

<sup>372</sup> Article 1096 alinéa 2 du Code civil tel qu'il a été revu par la Loi du 23 juin 2006 qui renvoie aux articles 953 à 958 du Code civil. L'art. 953 C.civ. prévoit également la possibilité de révocation en cas de survenance d'enfant mais l'article 1096 alinéa 2 du Code civil écarte expressément cette possibilité dans le cadre des donations faites entre conjoints. Voir également Serra Guillaume et Williatte-Pellitteri Lina, « Droit du divorce, janvier 2006 – décembre 2006 », *D.* 2007 n°9 p. 608.

<sup>373</sup> Claux Jean-Pierre, « Révocation des donations entre époux pour ingratitude », *AJ. Fam.* 2011, p. 315.

imaginable que l'époux battu demande la révocation des donations qu'il avait faite à son conjoint en raison des sévices qu'il lui aura fait subir. On peut très bien imaginer que les fautes qui auront été à la base de la demande de divorce servent aussi de fondement à la demande de révocation des donations faites entre les conjoints, et rien n'exclut que l'adultère soit une cause de révocation<sup>374</sup>. La faute retrouverait ainsi sa place dans le cadre du droit commun de la révocation des donations. Les cas de révocation des donations entre conjoints devraient d'ailleurs nourrir la jurisprudence relative à la révocation des donations pour cause d'ingratitude même si, selon M. Brenner, les possibilités de révocation ne seront pas si nombreuses<sup>375</sup> et, de plus, devraient être limitées en raison de la période restreinte pendant laquelle peut être invoquée la cause d'ingratitude, soit une année à compter du jour de la commission du délit par le donataire ou du jour où le donateur a eu connaissance de celui-ci<sup>376</sup>. A ce jour, la jurisprudence apparaît inexistante sur le sujet, mais il faut rappeler que seules les donations consenties après le 1<sup>er</sup> janvier 2005 sont concernées par une possible révocation sur le fondement de l'article 955 du Code civil<sup>377</sup>.

**171.** En droit québécois, la révocation d'une donation pour ingratitude est possible « lorsque le donataire a eu envers le donateur un comportement gravement répréhensible, eu égard à la nature de la donation, aux facultés des parties et aux circonstances »<sup>378</sup>. Dans une décision de 2008, la Cour supérieure a ainsi admis la révocation d'une donation entre vifs faite à l'épouse et prévue dans le contrat de mariage aux motifs, d'une part, que les circonstances de la rupture, et en l'occurrence l'adultère de Madame, relèvaient de l'ingratitude, et, d'autre part, que la donation entraînerait un déséquilibre « que le partage du patrimoine familial veut justement éviter »<sup>379</sup>.

**172.** La faute réapparaît donc facilement en droit privé que ce soit par l'intermédiaire du droit de la responsabilité de droit commun et, ceci tant en droit français qu'en droit canadien, ou par le droit commun des donations. Mais elle peut également prendre un aspect encore plus coercitif en devenant une faute pénale.

---

<sup>374</sup> Claux Jean-Pierre, *op. cit.*

<sup>375</sup> Brenner Claude, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la Loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Rép. Def.* 2005, n°2, Art. 38084 p. 93, et plus particulièrement p. 106.

<sup>376</sup> Art. 957 C.civ.

<sup>377</sup> Voir n°94.

<sup>378</sup> Art. 1836 C.c.Q. Voir également Piccini Roy Marylin, « Chapitre IV – La révocation des donations et ses effets », dans *Personnes, famille et successions*, Ecole du Barreau du Québec, Collection de droit, 2014-2015, 2014, p. 625.

<sup>379</sup> *Droit de la famille – 08882*, 2008 QCCS 1512.

## B. La pénalisation de la faute

**173.** Si la faute disparaît dans les relations de droit privé, elle peut réapparaître dans le cadre du droit pénal et certains actes commis par un des conjoints pouvant constituer une faute civile sont aussi constitutifs d'infraction pénale. Si la faute civile disparaît, la faute pénale survit, l'acte commis demeurant un danger pour la société.

**174.** Le phénomène de la violence conjugale est, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, hélas très fréquent dans les deux droits étudiés. Une des réponses à cette violence est certainement le droit pénal et toutes les dispositions relatives aux personnes. Le divorce peut également amener à des dispositions pénales spécifiques, la pénalisation de la faute des conjoints pourra donc intervenir de deux façons : par le biais de dispositions pénales de droit commun (1) et par celui de dispositions spécifiques au divorce et à la famille d'une façon générale (2).

### 1. *L'application des règles du droit pénal commun*

**175.** Les cas de violences conjugales sont certainement les plus fréquents. En droit français de même qu'en droit canadien, le droit criminel relevant de la compétence fédérale, des dispositions générales pourront être utilisées pour sanctionner le conjoint qui aura battu ou abusé de son époux. Les dispositions relatives aux coups, violence et voie de faits pourront évidemment être pris en considération entre les conjoints et le conjoint violent pourra se voir condamné sur ce fondement<sup>380</sup>.

**176.** Les violences sexuelles pourront également être retenues. Les infractions de viol sont d'autant plus importantes que l'on estimait à la fin des années 1990, au Canada, que 30% des viols sont commis par le mari ou le concubin de la femme violée<sup>381</sup>. D'une façon générale, en 2013, sur les 336 000 personnes âgées de 15 à 89 ans ayant été victime d'un crime violent, 27% avaient subi cette violence d'un partenaire intime et parmi celles-ci, 47% étaient des victimes de violences conjugales (les 53% restant étant des victimes de violences entre

---

<sup>380</sup> Voir en particulier les articles 222-7 et suivants du Code pénal français et les articles 264.1 et suivants du Code criminel canadien.

<sup>381</sup> Stuart et Deslile, *Learning Canadian Criminal Law*, 6<sup>ème</sup> édition, Edition étudiante, Ed. Carswell, 1997, p. 513. Voir également Langevin Louise, Des Rosiers Nathalie et Nadeau Marie-Pier, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2012.

partenaires amoureux). Ainsi, 23 837 femmes mariées canadiennes avaient été victimes d'un crime violent en 2013 et 6 216 hommes<sup>382</sup>. En France, entre 2010 et 2012, sur les 83 000 femmes victimes de viols, 83% connaissaient leur agresseur et dans 31% des cas, l'auteur des faits était le conjoint de la victime<sup>383</sup>.

**177.** En France, on a pu pendant de nombreuses années se poser la question de savoir si un viol pouvait exister entre un mari et sa femme. En effet, le mariage impliquant des relations sexuelles entre les conjoints, chacun d'eux pouvait supposer que l'autre avait accepté ces relations par le simple fait du mariage<sup>384</sup>. La réforme de 1980 sur les infractions sexuelles en droit français semblait permettre la poursuite pour viol entre époux mais la décision décisive en la matière est certainement celle de la Chambre criminelle du 11 juillet 1992 qui reconnaît que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire »<sup>385</sup>. Cette notion de présomption de consentement fut alors ajoutée dans le Code civil à l'article 222-2 alinéa 2 du Code pénal et il a ainsi été précisé que, dans le cas d'un viol entre époux, « la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ». Cette dernière phrase fut supprimée par la loi du 9 juillet 2010 et seul la preuve du viol paraît désormais nécessaire.

**178.** En droit canadien, la réforme du Code criminel de 1982 a permis aux épouses d'engager des poursuites pénales sur le fondement des violences sexuelles. Effectivement, avant cette réforme, une immunité pour le mari était exclusivement prévue dans l'article 143 de ce Code et le viol ne pouvait avoir lieu qu'entre deux personnes non mariées<sup>386</sup>. Les infractions de viol et violences sexuelles entre conjoints sont donc désormais admises dans les deux droits<sup>387</sup>.

---

<sup>382</sup> Voir Juristat, *La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2013*, Ed. Statistique Canada, 2015, p. 24 et suivantes.

<sup>383</sup> Données trouvées sur le site du Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, <http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr>

<sup>384</sup> Rassat Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011, n°572 p. 650; Pradel Jean et Danti-Juan Michel, *Droit pénal spécial, droit commun - droit des affaires*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Cujas, 2010, n°753 p. 446 et s. Il y avait néanmoins une exception lorsque les rapports sexuels n'étaient pas des rapports de coïts normaux, en l'occurrence la poursuite pour viol était possible.

<sup>385</sup> Cass. Crim., 11 juin 1992, *D.* 1993, p. 117.

<sup>386</sup> Stuart et Deslile, *Learning Canadian Criminal Law*, 6<sup>ème</sup> édition, Edition étudiante, Carswell, 1997, p. 518.

<sup>387</sup> Voir les articles 222-23 et s. du Code pénal français, voir également les articles 271, 272 et 273 du Code criminel canadien ainsi que Stuart et Deslile, *Learning Canadian Criminal Law*, 6<sup>ème</sup> édition, Edition étudiante, Ed. Carswell, 1997, p. 550 et s., Bergeron Annie-Claude et Lapointe Pierre, *Collection du droit 2012-2013, Volume 12 – Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine – Titre I – Les infractions*, Ed. Yvon Blais, 2012, p. 92 et s.

**179.** Outre ces dispositions du droit pénal commun, les époux disposent de protections et de dispositions spécifiques aux relations familiales et aux relations entre les conjoints.

## 2. *Les dispositions pénales spécifiques à la famille*

**180.** Les dispositions pénales sont issues de la volonté de l'Etat de protéger la cellule familiale, cellule qui pendant longtemps a été considérée comme la cellule de base de la société. L'Etat, dans son rôle de protecteur des bonnes mœurs, avait ainsi instauré une sorte de droit pénal modèle qui devait délimiter les contours de la famille parfaite. L'un des meilleurs exemples de ce droit modèle moralisateur était certainement l'interdiction pénale de l'adultère. Bien que cette interdiction soit en voie de disparition, l'adultère était encore pénalement sanctionné en France jusqu' à 1975<sup>388</sup>. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans le cadre de ce délit pénal, les conjoints n'étaient pas traités de la même façon. L'épouse pouvait être condamnée pour un « simple » adultère alors que le mari n'était punissable que s'il entretenait sa maîtresse au domicile conjugal, la nature des sanctions était également différente<sup>389</sup>. Cette distinction dans le traitement entre les époux pouvait s'expliquer par le fait que l'adultère de l'épouse pouvait avoir des conséquences plus graves que celles du mari en particulier par le fait que l'enfant qui aurait pu naître de l'adultère aurait pu bénéficier de la présomption de paternité et donc devenir, juridiquement, l'enfant du mari. De plus, la poursuite de ce délit ne pouvait être demandée que par le conjoint trompé et non par le ministère public<sup>390</sup>. Il s'agissait donc là d'un délit qui en tant que tel avait été mis en place pour la protection de l'intérêt et de la moralité publique mais dont les poursuites ne pouvaient être mises en œuvre que par un particulier. On peut ainsi remarquer la réticence de l'Etat à intervenir dans un domaine aussi privé que celui des relations intimes entre les conjoints ou des conjoints avec des tiers.

**181.** Aujourd'hui, si l'obligation de fidélité n'est plus sanctionnée pénalement, ce n'est en revanche pas le cas de l'obligation de secours. Les deux droits réservent en effet une sanction

---

<sup>388</sup> Articles 336 et suivants de l'ancien Code pénal tels que rédigés avant la réforme du droit du divorce du 11 juillet 1975.

<sup>389</sup> Voir Bénabent Alain, *Droit civil, la famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Litec, 2003.

<sup>390</sup> Voir Carbonnier Jean, *Droit civil 2/ La famille, les Incapacités*, 8<sup>ème</sup> édition, Presses Universitaires de France, 1969, p. 65.

spéciale pour le conjoint qui a abandonné sa famille en droit français<sup>391</sup> et faillit à son devoir de fournir les choses nécessaires à l'existence en droit canadien<sup>392</sup>. Dans les deux droits, ces infractions ne sont pas seulement applicables en cas d'abandon du conjoint mais peuvent aussi jouer s'agissant des enfants. Ces infractions répondent à la volonté de l'Etat d'obliger le conjoint fautif à remplir ses obligations alimentaires mais cette sanction va aussi plus loin que la sanction de l'adultère puisque ces obligations sont nécessaires à la survie même de la personne qui en bénéficie. On pourrait alors aller jusqu'à les rapprocher de la non-assistance à personne en danger.

**182.** Le droit pénal prévoit donc un certain nombre d'infractions destinées plus particulièrement aux familles. Mais les infractions qui y sont inscrites sont peu nombreuses et, comme le précise Pierre Couvrat « la famille est le parent pauvre du droit pénal »<sup>393</sup>. La réticence du législateur à intervenir dans le cadre de la famille peut s'expliquer par la volonté de préserver la stabilité et l'intimité familiale et de ne pas envenimer par une poursuite pénale une situation qui est déjà perturbée<sup>394</sup>. Cette volonté se manifeste aussi en droit français par l'existence de dispositions mettant en place une immunité familiale entre les conjoints. C'est en particulier le cas du vol qui ne peut pas exister entre époux<sup>395</sup>. Nous le constatons : les dispositions spécifiques aux conjoints sont donc limitées et, de plus, certains recours de droit commun ne leur sont pas ouverts.

**183.** Mais, même si les époux bénéficient dans le cadre du droit pénal d'incriminations permettant de faire condamner leur conjoint violent ou qui les a abandonnés, ces infractions sont-elles utilisées dans les faits ? Ces infractions sont en réalité peu poursuivies, même si on relève une augmentation du nombre de recours pour abandon de famille en raison de l'augmentation du nombre de divorces<sup>396</sup>. Une des premières raisons est que la sanction pénale apparaît pour les citoyens plus grave que la sanction civile des dommages-intérêts. Ses implications sont plus importantes et les victimes hésitent à les mettre en œuvre. Une mère

---

<sup>391</sup> Article 227-3 du Code pénal français.

<sup>392</sup> Article 215 du Code criminel canadien.

<sup>393</sup> Couvrat Pierre, « La famille, parent pauvre du droit pénal », dans *Le droit non civil de la famille*, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, Tome 10, Ed. Presses universitaires de France, 1983, p. 133.

<sup>394</sup> Rassat Michèle-Laure, *Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2011, n°251 p. 302.

<sup>395</sup> Art. 311-12 C.pén.

<sup>396</sup> Il est intéressant de remarquer que les atteintes à la famille ou au conjoint ne sont pas répertoriées dans les statistiques françaises, voir par exemple celles du traitement des affaires pénales dans sept parquets d'Ile de France en 2003, voir Ruelland Nadine, « Le traitement des affaires pénales par sept parquets d'Ile de France en 2003 », *Infostat Justice*, n°75, juillet 2004, trouvé sur <http://www.justice.gouv.fr/publicat/infostat75.pdf>



dont l'ex-mari ne paie plus de pension alimentaire ou de prestation compensatoire hésitera à poursuivre le père de ses enfants devant la justice pénale, cette action risquant de couper définitivement les relations entre les enfants et leur père.

**184.** De plus, l'action pénale oblige la victime à exposer au grand jour les sévices dont elle a fait objet. Dans le cadre des relations familiales, cette dimension peut encore apparaître plus grave et les victimes auront souvent tendance à vouloir cacher ce qu'elles ont subi à leurs proches. C'est en particulier le cas avec le viol car, comme nous l'expliquent M.M. Stuart et Delisle, les victimes ont souvent été « punies » deux fois : une première fois par le viol lui-même et une seconde fois par le fait de devoir raconter à la Cour toute leur intimité<sup>397</sup>.

---

<sup>397</sup> Stuart et Deslile, *Learning Canadian Criminal Law*, 6<sup>ème</sup> édition, Edition étudiante, Ed. Carswell, 1997, p. 512.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**185.** Bien que la volonté soit d'aller vers un divorce plus pacifiée où la faute tendrait à disparaître, il apparaît que des arguments tendent encore aujourd'hui à lui donner une certaine justification dans le droit du divorce et de ses conséquences. Elle semble en effet toujours essentielle pour sanctionner les obligations liées au mariage et permet également à ce dernier pour lui permettre de conserver sa spécificité face aux autres unions comme le PACS. De plus, quelque soit la volonté de pacification sous-jacente socialement, les cas de violences physiques ou verbales demeurent et ce serait les nier que d'écarter toute responsabilité et toute faute du conjoint auteur de ces faits.

**186.** La faute ne disparaît pas alors totalement. Elle peut soit être intégrée dans le droit des conséquences du divorce (comme pour la responsabilité pour faute de l'article 266 du Code civil français), soit, et là le mouvement est plus nouveau, réapparaître par le biais dans d'autres domaines du droit. Le droit commun de la responsabilité fondé sur l'article 1382 du Code civil complète ainsi toujours largement l'article 266. De même, si le droit du divorce a écarté la faute comme élément d'appréciation dans la détermination du sort des donations et avantages matrimoniaux, en droit français comme en droit québécois, la faute d'un des conjoints peut réapparaître par le biais du droit commun des donations et la mise en œuvre des règles relatives à l'ingratitude. Enfin, la faute continue, dans les droits étudiés, conserve sa place en droit pénal et des dispositions continuent à exister quand, par exemple, l'un des ex-conjoints ne verse pas de pension alimentaire ou de prestation compensatoire.

## CONCLUSION DU TITRE I

**187.** La société et la famille ont évolué dans le sens d'une disparition de la faute et d'une pacification du droit du divorce. Cette tendance s'est alors concrétisée, par exemple, par la disparition du caractère de sanction de la pension alimentaire en droit français avec son remplacement par la prestation compensatoire mais également en droit canadien.

**188.** Mais en réalité, cette pacification n'est pas encore totale et l'on assiste dans les faits à une double évolution. Le droit pénal, qui se voulait protecteur de la famille et des obligations conjugales, a bien perdu progressivement sa place<sup>398</sup> avec, d'une part, la disparition de certaines infractions pénales comme l'adultère suite à l'évolution des mœurs dans ce sens, et, d'autre part, les réticences des particuliers à avoir recours dans le cadre des relations familiales aux infractions subsistantes.

**189.** En droit civil, en revanche, la faute est encore bien présente et si le droit du divorce semble moins marqué par la présence de la faute, celle-ci survivant essentiellement en droit français et, dans le cadre des conséquences du divorce avec l'article 266 du Code civil, elle réapparaît dans d'autre branche du droit. Cette tendance est plus particulièrement marquée en droit français où la responsabilité du droit commun tient encore sa place et où les règles relatives à l'ingratitude pourraient, demain, montrer leur importance. Concernant le droit canadien, s'il semblait avoir réussi une totale objectivation de son droit du divorce, la responsabilité civile de droit commun a pris le pas et de plus en plus d'actions sont engagées sur ce fondement par les conjoints victimes<sup>399</sup>.

**190.** Ce serait néanmoins aller trop loin que de dire que la faute a conservé la place exclusive qu'elle pouvait avoir en France avant la réforme de 1975 ou en droit canadien avant l'adoption de la loi sur le divorce de 1968. Cette faute constituait le fondement d'institutions importantes comme l'ancienne obligation alimentaire qui existait en droit français en faveur du conjoint victime. Sa disparition ne pouvait alors pas entraîner la disparition totale de telles institutions. Il a donc été nécessaire de repenser le fondement des règlements pécuniaires entre conjoints. Les droits étudiés face à la situation des conjoints dans le besoin suite à un

---

<sup>398</sup> Meulders-Klein Marie-Thérèse, « Rapport général de synthèse » dans *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisée par le Centre de Droit de la Famille les 25-26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert*, Ed. Bruylant, 1978, p. 746 et s.

<sup>399</sup> Des Rosiers Nathalie et Langevin Louise, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Ed. Yvon Blais, 1998, p. IX.

divorce ont alors envisagé un nouveau fondement pour ces règlements : l'équité qui devait alors permettre une certaine égalisation des situations économiques des conjoints.

## **TITRE II : L'EQUITE ET LA NOUVELLE VOLONTE D'EGALISATION**

**191.** La faute, pendant de nombreuses années, a dominé le droit du divorce. Son prononcé comme ses conséquences en découlaient. La faute permettait alors à un époux innocent dans le besoin de recevoir des aliments de la part de son conjoint ou encore d'obtenir des dommages-intérêts.

**192.** Avec la volonté de pacification et d'objectivation qui s'est développée au cours des années soixante et soixante-dix dans les droits étudiés, il est apparu nécessaire de trouver de nouveaux fondements aux obligations pécuniaires entre ex-conjoints et de répondre à de nouvelles demandes de la part de la société. En effet, les mouvements féministes, entre autres, ont fait apparaître la nécessité de mettre en place un véritable équilibre entre les époux. Au nom de l'équité sociale et économique on a ainsi souhaité mettre en place une véritable égalisation entre les époux. Celle-ci s'est tout d'abord faite pour le passé. Il a en effet semblé indispensable de partager à égalité les biens accumulés par les conjoints pendant le mariage et de faire en sorte que l'un ne s'enrichisse pas au détriment de l'autre. Elle s'est ensuite faite pour le futur afin d'éviter qu'un des conjoints ne subisse économiquement après la dissolution du mariage les conséquences des décisions prises par les époux pendant l'union.

**193.** C'est ainsi que, au nom de l'équité, on est passé dans le droit des règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce de l'égalisation du passé (chapitre 1) à l'égalisation pour l'avenir (chapitre 2).

**Chapitre I :** L'égalisation du passé

**Chapitre II :** L'égalisation de l'avenir

## CHAPITRE I : L'ÉGALISATION DU PASSE

**194.** Cette égalisation s'est tout d'abord effectuée par la mise en œuvre du partage des biens dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial (section 1). C'est en effet traditionnellement par ce biais que les biens acquis par les conjoints pendant le mariage sont partagés entre les époux amenant ainsi à une certaine égalisation entre les époux et à une reconnaissance de la contribution de chacun à l'enrichissement familial. L'égalisation patrimoniale a même été imposée au Québec à la fin des années quatre-vingts au nom de l'équité. Elle n'est toutefois pas toujours suffisante, en particulier lorsque l'un des conjoints a travaillé au profit de l'autre. Une seconde égalisation s'est alors mise en place au nom de l'équité par le biais de l'enrichissement sans cause (section 2). C'est ainsi que de nouvelles institutions sont apparues à la fin des années soixante-dix et quatre-vingt afin de permettre une telle égalisation et de pallier aux insuffisances de la jurisprudence : c'est le cas, plus particulièrement, de la prestation compensatoire en droit québécois et de l'ancienne indemnité exceptionnelle en droit français.

### SECTION I : ÉGALISATION PAR LE BIAIS DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

**195.** Les régimes matrimoniaux sont un des éléments fondamentaux des règlements pécuniaires entre époux. Tous les couples mariés sont soumis à l'application d'un régime matrimonial dès la conclusion et pendant toute la durée de leur mariage. Ce régime est la traduction en matière pécuniaire de l'association sentimentale qui lie les époux. Il permet, d'une part, d'organiser les pouvoirs sur les biens familiaux pendant le mariage et d'organiser ainsi les rôles des époux mais aussi, et, d'autre part, plus particulièrement dans le cadre de notre étude, de déterminer les règles du partage de ces biens au moment de la séparation des époux. Le partage de ces biens peut alors amener à une égalisation patrimoniale entre les ex-conjoints au moment du divorce et ainsi refléter la volonté de ceux-ci de reconnaître l'association qui a existé entre eux et la contribution de chacun au fonctionnement du ménage et à son enrichissement.

**196.** Toutefois, tous les régimes matrimoniaux ne permettent pas toujours une telle reconnaissance et un partage plus égalitaire de ces biens. Traditionnellement, il revenait aux conjoints de déterminer s'ils voulaient faire ressortir le caractère associatif de leur union et

mettre en œuvre un régime communautaire plus égalitaire quant au partage des biens ou un régime séparatiste plus individualiste. La liberté du choix du régime matrimonial qui était le principe (I) a montré ses limites au Québec et le législateur est intervenu au nom de l'équité pour rétablir une certaine égalité entre les conjoints. La loi instituant le patrimoine familial<sup>400</sup> au Québec a constitué une véritable révolution en matière de régime matrimonial puisqu'elle a remis en cause ce principe de la liberté des régimes matrimoniaux à ce titre et a instauré, au nom de l'équité, un véritable régime matrimonial impératif (II). De l'égalisation choisie par les conjoints, on est alors passé à une véritable égalisation imposée par le législateur au nom de l'équité.

### **§ 1. DE L'EGALISATION CHOISIE...**

**197.** Par tradition, en France et au Québec, les époux sont libres de choisir le régime qui leur convient le mieux (A) et ainsi de déterminer quel type de partage ils désirent à la suite de la dissolution du mariage et de permettre alors ou non à chacun de profiter de l'enrichissement dont a bénéficié le couple au cours du mariage. Ce n'est qu'en l'absence de décision expresse de leur part qu'interviendra le régime légal déterminé par le législateur.

**198.** Les conjoints ont généralement le choix entre différents types de régimes qui permettent de partager plus ou moins équitablement l'enrichissement dont a pu bénéficié le couple pendant le mariage (B).

#### **A. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales**

**199.** Traditionnellement on a toujours considéré que les époux doivent déterminer eux-mêmes le régime matrimonial auquel ils sont soumis et les règles qui leur conviennent le mieux, déterminant ainsi dans quelle mesure ils souhaitent s'associer et partager leur patrimoine. Les coutumes n'avaient pas empêché les familles des futurs époux de passer des conventions entre elles et s'étaient seulement limitées à les encadrer et à les suppléer<sup>401</sup>. Cette liberté contractuelle était d'autant plus importante que les conventions matrimoniales concernaient tant les époux que leur famille et que souvent les parents réglaient également

---

<sup>400</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, dites « Loi 146 » ou « Projet de Loi 146 ».

<sup>401</sup> Lefebvre-Teillard Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Ed. Presses Universitaires de France, 1996, n°108 p. 149 et s.

leur avenir dans le cadre de ces conventions. Elle fut conservée au moment de la Révolution française et également préservée au Québec lors de la codification de 1866<sup>402</sup>. Le principe fut réitéré lors de la réforme du droit de la famille québécois en 1980<sup>403</sup>.

**200.** En droit français, la liberté des conventions matrimoniales, ainsi que nous l'expliquent MM. Malaurie et Aynès<sup>404</sup>, fut inscrite dans le Code civil français pour différentes raisons. La première est qu'elle permettait de faire le compromis nécessaire entre le régime communautaire et le régime dotal. Ces deux régimes étaient en effet ceux entre lesquels se partageait la France avant la Révolution. Le régime communautaire fut retenu comme régime légal mais, comme le régime dotal était en vigueur dans les pays de droit écrit et donc dans tout le sud de la France, et il était important qu'il fût aussi possible de l'adopter sous forme de régime conventionnel. La seconde raison ayant amené à la consécration de la liberté contractuelle était que ce principe permettait également de s'adapter à la diversité des couples. De plus, certains ont pu craindre, au moment de l'adoption du Code civil, que sans cette liberté, certains mariages n'aient pas lieu. Enfin, cette liberté de choix des régimes matrimoniaux participe également au principe général de la liberté contractuelle qui se retrouve dans le Code civil, même si elle peut s'en différencier dans une certaine mesure, ainsi que nous allons le constater.

**201.** Aujourd'hui l'article 1387 du Code civil français dispose que « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent ». L'article 431 du Code civil du Québec prévoit, pour sa part, que « Il est permis de faire, par contrat de mariage, toutes sortes de stipulations, sous réserve des dispositions impératives de la loi et de l'ordre public ». Les deux droits reconnaissent donc le principe de cette liberté (1), tout en lui imposant des limites (2).

### *1. Le principe*

---

<sup>402</sup> Art. 1257 C.c.B.C.

<sup>403</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Ed. Thémis, 1984, p. 130.

<sup>404</sup> Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n°201, p. 79 et s.



**202.** Les époux sont libres de choisir le type de régime matrimonial qui leur convient<sup>405</sup>. Ils peuvent choisir un des types de régimes matrimoniaux prévus par le législateur et, s'ils le souhaitent, peuvent l'aménager de façon à ce qu'il corresponde mieux à leurs besoins<sup>406</sup>. Mais les conjoints peuvent aussi adopter un régime matrimonial d'un système juridique étranger ou encore créer leur propre régime de toutes pièces<sup>407</sup>. En droit français, la liberté en matière de convention matrimoniale est même plus large qu'en matière de contrat de droit commun puisque dans le cadre même de ce contrat, les conjoints peuvent faire des conventions qui seraient habituellement interdites par la loi. C'est en particulier le cas du mineur qui se marie et qui, dans le cadre du contrat de mariage, peut effectuer des donations qu'il ne pourrait pas faire autrement<sup>408</sup>. Il est en de même des donations de biens à venir qui, bien qu'interdites dans le droit commun<sup>409</sup>, sont permises dans le cadre du contrat de mariage<sup>410</sup> de même que de l'institution contractuelle, qui, comme nous l'avons vu, est considérée comme un pacte sur succession future<sup>411</sup>. Tout comme cette dernière, ces donations sont également possibles en droit québécois<sup>412</sup>.

**203.** Toutefois, si la liberté contractuelle en matière matrimoniale semble étendue, elle fait également l'objet de limitations.

---

<sup>405</sup> Guiguet-Schiélé Quentin et Baby Wilfried, « Les conventions organisant par avance les conséquences de la rupture », *Dr. fam.* Mars 2015 dossier 3.

<sup>406</sup> Voir pour le droit français Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°183 et s. p. 136, et pour le droit québécois, Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.*, p. 129 et s.

<sup>407</sup> Voir Colomer André, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2004, n°320 et s., p. 149.

<sup>408</sup> Art. 1398 C.civ. : « Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

Si des conventions matrimoniales ont été passées sans cette assistance, l'annulation en pourra être demandée par le mineur ou par les personnes dont le consentement était requis, mais seulement jusqu'à l'expiration de l'année qui suivra la majorité accomplie. »

Le principe général en est énoncé aux 903 et 904 du Code civil.

Art. 903 C.civ. : « Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre »

Art. 904 C. civ. : « Le mineur, parvenu à l'âge de seize ans et non émancipé, ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

Toutefois, s'il est appelé sous les drapeaux pour une campagne de guerre, il pourra, pendant la durée des hostilités, disposer de la même quotité que s'il était majeur, en faveur de l'un quelconque de ses parents ou de plusieurs d'entre eux et jusqu'au sixième degré inclusivement ou encore en faveur de son conjoint survivant.

A défaut de parents au sixième degré inclusivement, le mineur pourra disposer comme le ferait un majeur ».

<sup>409</sup> Art. 943 C.civ. : La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard.

<sup>410</sup> Art. 1093 C.civ. : La donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque, sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur.

<sup>411</sup> Voir Colomer André, *op. cit.*, n°322 p. 149

<sup>412</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.*, p. 131.

## 2. *Les limites du principe de la liberté des conventions matrimoniales*

**204.** Dans les deux droits, la liberté contractuelle des conjoints est limitée par l'ordre public, et, en France, par les bonnes mœurs mais, surtout, par les dispositions impératives prévues dans les deux codes civils relativement au statut matrimonial de base, le régime primaire français, ou les effets impératifs du mariage en droit québécois<sup>413</sup>. C'est ainsi que les époux ne pourraient, en droit français, modifier les présomptions légales de pouvoir ou restaurer l'ancienne incapacité de la femme mariée<sup>414</sup>. En droit québécois, les limites sont similaires en ce qui a trait aux présomptions légales et, pas plus d'ailleurs qu'en droit français, les époux ne pourraient transiger sur leur fidélité<sup>415</sup>.

**205.** Les époux doivent également respecter le principe de l'égalité entre les conjoints. L'article 392 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil du Québec prévoit expressément que « les époux ont, en mariage, les mêmes droits et les mêmes obligations ». Or, le problème de l'égalité des droits entre conjoints peut toutefois se poser dans le cadre du régime de la communauté de meubles et acquêts, qui constituait le régime légal québécois jusqu'à la loi réformant les régimes matrimoniaux de 1970. Dans le cadre de ce régime, les deux conjoints ne bénéficiaient pas des mêmes pouvoirs : le mari détenait l'administration des biens communs et de ses biens propres, et la femme avait l'administration de ses biens réservés. En effet, contrairement au droit français qui a modifié les partages des pouvoirs et instauré l'égalité entre les conjoints dans le cadre des régimes de communautés<sup>416</sup>, le législateur québécois n'a jamais réformé les dispositions relatives à l'ancien régime légal de communauté de meubles et acquêts. On s'est alors posé la question de la compatibilité des dispositions anciennes avec les nouvelles<sup>417</sup>. En toute logique les pouvoirs des époux devraient être égaux en particulier en ce qui concerne les biens communs. Il semble toutefois que cela ne soit pas la solution retenue par l'ensemble de

---

<sup>413</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 128. On a pendant longtemps parlé des effets personnels du mariage mais, si au départ ils n'avaient pas de conséquence pécuniaire (comme le devoir de fidélité ou de cohabitation), ces effets incluent également depuis la loi 89 de 1980 ceux ayant des incidences pécuniaires. La notion de « statut fondamental » ou « statut de base » paraît alors mieux adaptée pour ces auteurs (Pineau Jean et Pratte Marie, p. 127 et s.).

<sup>414</sup> Voir Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *op. cit.*, n°204, p. 82.

<sup>415</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.*, p. 132.

<sup>416</sup> Loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux et surtout la Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

<sup>417</sup> Groffier Ethel, « Les droits et obligations des époux : les régimes matrimoniaux », (1981) 22 *C. de D.* 309, et plus particulièrement p. 311 et s., Caparros Ernest, « Les régimes matrimoniaux secondaires à la lumière du nouveau Code civil du Québec », (1982) 13 *R.G.D.* 27, p. 33 et s.

la doctrine. Ainsi selon M. Pineau et Mme Pratte<sup>418</sup>, il ne faut pas confondre capacité et pouvoir, et le fait que les conjoints aient des pouvoirs différents sur les biens de la communauté ne va pas à l'encontre de leurs droits<sup>419</sup>. Nous ne pouvons cependant que partager l'avis des auteurs selon lesquels au-delà d'une abrogation des dispositions relatives à la communauté de meubles et acquêts, le législateur aurait dû effectuer un toilettage de la loi<sup>420</sup>.

**206.** Nonobstant les limites décrites précédemment, les conjoints conservent le choix de déterminer le régime qu'ils considèrent comme le plus adéquat. Ils peuvent même, s'ils le désirent, adopter le régime de la communauté de meubles et acquêts tel qu'il existait avant sa disparition avec le nouveau Code civil du Québec de 1980<sup>421</sup>. Les époux ont en effet le choix entre différents régimes et peuvent par ce biais décider s'ils souhaitent ou non établir une égalité patrimoniale à la fin de leur mariage.

## **B. Le choix entre les régimes plus ou moins équitables**

**207.** Parmi les régimes offerts aux conjoints, on distingue les régimes séparatistes des régimes communautaires. Les régimes communautaires se caractérisent par l'existence d'une masse commune, dénommée communauté, ajoutée à deux masses de biens propres, chacune de ces masses étant détenues par l'un des conjoints<sup>422</sup>. Parmi ces régimes, on compte alors la communauté de meubles et acquêts, la communauté d'acquêts ou la communauté universelle. Dans les régimes séparatistes, on retrouve la séparation de biens, la participation aux acquêts française ou la société d'acquêts québécoise<sup>423</sup>. Néanmoins, ainsi que nous le fait remarquer M. Caparros<sup>424</sup>, cette classification en fonction de l'existence ou non d'une communauté n'est pas suffisamment étanche et ne correspond plus nécessairement à la réalité. Il est ainsi

---

<sup>418</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 190, note n°558.

<sup>419</sup> C'est cette solution qui est d'ailleurs retenue par Guy Lefrançois et Alain Roy dans leur présentation des régimes matrimoniaux québécois, dans *La famille, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série*, Ed. Yvon Blais, 2000, n°192 et s., p. 71 et s.

<sup>420</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 127, position que M. Pineau a repris dernièrement dans Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, note 558, p. 190.

<sup>421</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.*, note 558, p. 190. Articles 1268 et 1425(i) de Code civil du Bas-Canada.

<sup>422</sup> Voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 1988, n°11, p. 7.

<sup>423</sup> Il est d'hors et déjà essentiel de remarquer que la société d'acquêts québécoise est totalement différente de la société d'acquêts française, société qui peut être ajoutée sous forme de clause à un régime de séparation. La société d'acquêts québécoise constitue en effet un régime matrimonial qui se rapproche de la participation aux acquêts française, même si, comme nous aurons l'occasion de le constater leurs régimes ne sont pas tout à fait identiques.

<sup>424</sup> Caparros, *op. cit.* p.7 et s.

possible de constituer différentes catégories de régimes matrimoniaux en fonction, d'une part, du sort des biens à la fin du mariage, et d'autre part, du mode de gestion de ces biens<sup>425</sup>.

**208.** En ce qui concerne la classification fondée sur les pouvoirs des conjoints sur les biens familiaux, on distingue les régimes où l'un des conjoints est subordonné à l'autre et où les biens sont donc gérés par un seul des conjoints, généralement le mari, et les régimes de coordination dans lesquels les conjoints ont les mêmes droits et les mêmes pouvoirs sur les biens. On peut ainsi distinguer, par exemple, au sein des régimes avec partage des biens, des régimes de subordination, comme la communauté légale en France avant la réforme de 1965, et des régimes de coordination, comme le régime de la communauté légale aujourd'hui en France ou la société d'acquêts au Québec. Cette classification est toutefois avant tout historique dans les droits étudiés, les conjoints ayant obtenu généralement les mêmes droits.

**209.** En ce qui concerne le sort des biens à la fin du mariage, on se demandera si les biens seront ou non partagés au moment de la liquidation du régime et si une certaine égalisation s'opérera ou non. Cette égalisation concrétisera alors ce que M. Caparros définit comme « équilibre dynamique ». L'équilibre dynamique s'oppose à l'équilibre statique. L'objectif de l'équilibre statique est d'éviter qu'une personne s'enrichisse au détriment de l'autre et permet donc de rétablir l'équilibre économique qui aurait été rompu indûment. Dans le cadre des régimes matrimoniaux, les récompenses sont un excellent exemple de mise en œuvre de l'équilibre statique puisqu'elles permettent d'éviter qu'une masse de biens ne s'enrichisse au détriment de l'autre et rétablissent l'équilibre au moment du partage des biens. L'équilibre dynamique va plus loin qu'un simple rétablissement d'un équilibre rompu et a pour but de permettre à ce que deux personnes qui ont ensemble participé à un projet, à une association, qui a permis un certain enrichissement, se partagent également cet enrichissement. Un tel phénomène se retrouve en particulier dans les régimes de partage des biens, parmi lesquels on compte les régimes communautaires ainsi que dans les régimes de participation ou de société d'acquêts. Tous les régimes matrimoniaux ne contribuent pas à la réalisation de cet équilibre dynamique et la séparation de biens ou l'ancien régime dotal français en sont alors la parfaite illustration.

---

<sup>425</sup> MM. Flour et Champenois proposent également de faire deux classifications différentes : la première en fonction de la propriété des biens, donc en fonction de l'existence ou non d'une communauté (ce qui revient à la première classification de régimes communautaires et séparatistes) et la seconde en fonction des pouvoirs des conjoints sur les biens, ce qui correspond au second critère proposé par M. Caparros. Voir Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, n°11, p. 9.

**210.** C'est cette dernière distinction qui retiendra notre attention, car elle nous permettra en effet de distinguer, d'une part, les régimes qui permettent une égalisation et donc la mise en œuvre de l'équité et de la reconnaissance de l'association née dans le mariage par le biais d'un équilibre patrimonial et dynamique entre les conjoints (1) des régimes qui ne paraissent pas mettre en place un tel équilibre : les régimes de séparations de biens (2).

1. *Le choix d'un équilibre et d'une égalisation par le biais de la mise en commun*

**211.** L'équilibre dans la mise en commun peut se faire, d'une part, par la création d'une véritable communauté tout au long du mariage et de son partage au moment de la dissolution (a) et, d'autre part, par le partage de l'enrichissement de chacun des conjoints au moment de la dissolution, les conjoints conservant leur liberté de gestion tout au long de l'union (b).

a. *L'égalisation par le partage d'une masse commune*

**212.** Les époux peuvent décider de d'égaliser leur patrimoine à la disparition du mariage par le biais du partage d'une masse de biens communs qu'ils auront accumulés pendant ce mariage ou acquis avant l'union. Ce partage permet alors de reconnaître la contribution et le travail commun effectué par les époux. Un tel partage et une telle reconnaissance ne sont pas nouveaux et, même si le droit romain n'avait pas adopté un tel régime entre les conjoints, dès les coutumes germaniques l'idée d'un tel partage est apparue avec la *tertia collaborationis*.

**213.** En effet, à la dot légale était susceptible de s'ajouter, sous la loi des Ripuaires, la *tertia collaborationis*<sup>426</sup>. Il était prévu dans la loi des Ripuaires qu'à défaut de dot conventionnelle et outre la dot conventionnelle d'un montant de 50 sous, la femme obtenait le tiers de toutes les choses que les époux avaient gagné ensemble pendant leur collaboration. Si cette *tertia collaborationis* ne pouvait être obtenue que dans des conditions précises, en particulier en cas de décès, et apparaissait donc davantage comme un gain de survie, elle représentait malgré tout la première forme de reconnaissance de l'existence d'une collaboration entre les conjoints et la reconnaissance du fait que cette collaboration ait pu amener à un enrichissement qui devait être partagé. Elle est la première manifestation de l'idée selon laquelle un équilibre dynamique et une certaine compensation doivent être établis entre les

---

<sup>426</sup> Voir Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n°1062, p. 1461.

conjoints et que ce qu'ils ont accumulé ensemble pendant leur union doit être partagé en toute équité. On peut même y voir un début de tendance communautaire essentiellement marquée dans les coutumes du nord de la France<sup>427</sup>. Cette *tertia collaborationis* peut être considérée comme la première création d'un droit aux acquêts. Toutefois, malgré son intérêt pour les époux, et en particulier pour les épouses, elle va progressivement être abandonnée.

**214.** Pour autant, toute idée de partage ne sera pas mise de côté et une des préoccupations majeures des différentes coutumes au Bas Moyen Age étant la protection du conjoint survivant et, plus particulièrement, de l'épouse<sup>428</sup>, de nouvelles institutions reconnaissant la contribution de cette dernière et instaurant un partage des biens entre conjoints vont progressivement se mettre en place dans les droits coutumiers. Ce fut en particulier le cas du douaire qui fut progressivement étendu pour inclure tant les biens de l'époux existant au jour du mariage qu'une partie de ceux acquis pendant le mariage, ces derniers biens reflétant l'idée de partage et de reconnaissance de la contribution de la conjointe<sup>429</sup>. Des régimes de communautés apparurent également dans les pays de coutume, issus tant d'une idée de copropriété des biens acquis ensemble entre les conjoints que, pour certains, des communautés taisibles qui existaient à cette époque<sup>430</sup>. Certains ont considéré également que ces communautés tiraient leur origine d'une application de la doctrine chrétienne et d'un certain esprit de communion qui existe entre l'homme et la femme au moment du mariage<sup>431</sup>. Néanmoins, les communautés n'étaient pas présentes dans toutes les provinces chrétiennes et, en particulier, dans le sud de la France où c'est le régime dotal qui prédominait.

**215.** Les régimes de communautés se sont donc progressivement imposés même si, dans un premier temps, on a plus parlé de « pratiques communautaires » que d'un régime en tant que tel. C'est seulement au cours du XIV<sup>e</sup> siècle que ce régime prendra vraiment son rang de régime matrimonial. Deux éléments ont progressivement caractérisés les régimes de communauté : l'existence d'une masse de biens communs partageables entre les conjoints, et

---

<sup>427</sup> Lefebvre-Teillard Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p. 127.

<sup>428</sup> Lefebvre-Teillard, *op. cit.*, p. 149.

<sup>429</sup> Le douaire disparut en France à la révolution française et avec l'adoption du Code napoléonien (Lévy et Castaldo, *op. cit.*, n°1077 et s., p. 1477 et s.) mais fut conservé au Québec en raison certainement de l'influence de la coutume de Paris qui servit de base au Code civil du Bas-Canada (Brière Germain, « Réflexions à l'occasion d'une réforme... Pourquoi faut-il encore un régime matrimonial et pourquoi faut-il que ce soit la société d'acquêts ? », (1970) 73 *R. du N.* 55, et plus particulièrement p. 70.).

<sup>430</sup> Même si cela est contesté par certains auteurs, les communautés taisibles étant en effet à cette époque déjà en voie de déclin, Lévy et Castaldo, *op. cit.* n°1081 et s., p. 1484 et s.

<sup>431</sup> Lévy et Castaldo, *op. cit.* n°1081 et s., p. 1483.

donc la reconnaissance de leur contribution commune à l'enrichissement du couple, et la place prépondérante accordée au mari avec comme contrepartie l'incapacité de la femme mariée<sup>432</sup>.

**216.** Une fois ces régimes apparus et déterminés, la question de leur nature s'est posée.

*α) La nature de la communauté de biens*

**217.** La question de la nature de la communauté de biens a occupé une place importante au milieu du siècle dernier et conserve encore aujourd'hui une certaine actualité au Québec. Bien que la nature exacte de cette communauté apparaisse difficile à déterminer en raison du fait qu'elle n'est pas issue du droit romain<sup>433</sup>, il nous semble intéressant de nous arrêter sur celle-ci pour essayer de déterminer comment on peut reconnaître un fondement d'équité et d'égalisation de cette dernière. Différentes propositions peuvent alors être faites<sup>434</sup>.

**218.** Jusqu'à la Révolution et même après l'adoption de la communauté comme régime légal, le mari avait tout pouvoir sur la communauté. Certains juges, comme par exemple le juge Toullier en France à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>435</sup>, ont alors retenu une idée de communauté – propriété du mari<sup>436</sup>. Cette théorie relève toutefois plus de la confusion entre pouvoir sur les biens et propriété et n'a en fait que peu d'intérêt<sup>437</sup>. Elle ne reconnaît pas, de plus, le fait que la femme a également pu contribuer à la formation de la masse commune. Cette théorie est aujourd'hui totalement dépassée en droit français puisque, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater dans le cadre de la communauté légale, les deux conjoints ont des pouvoirs égaux sur les biens qui composent la communauté. Au Québec, bien que le régime de communauté donne toujours, selon les dispositions du Code civil du Bas-Canada, tout pouvoir au mari quant à la gestion de la communauté, la jurisprudence considère aujourd'hui que la communauté n'est pas la propriété du mari et la Cour suprême a expressément écarté la

---

<sup>432</sup> Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2015, n°23, p. 17.

<sup>433</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.* p. 228.

<sup>434</sup> Voir Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.* p. 229 et s., ainsi que Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Ed. Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964, p. 23 et s.

<sup>435</sup> Voir Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les Régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, 2001, n°247, p. 236.

<sup>436</sup> Voir Comtois Roger, *op. cit.* p. 26.

<sup>437</sup> Voir Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français, t. VIII, Les régimes matrimoniaux*, Ed. LGDJ, 1957, par Boulanger, n°155-2 p. 324 et s.

théorie de la communauté propriété unique au profit de la théorie de la copropriété entre les conjoints<sup>438</sup>.

**219.** D'une façon plus générale la communauté ne serait-elle donc pas une sorte d'indivision ? La communauté n'étant pas la seule propriété du mari et se partageant entre les conjoints au moment de la dissolution du lien matrimonial, il est effectivement possible de penser qu'elle est en indivision entre les conjoints. Cette indivision est certainement plus conforme à la réalité puisqu'elle reconnaît bien la contribution de chaque époux et donc la part qui lui appartient. Mais le régime même de la communauté la différencie largement de l'indivision, elle est en particulier moins souple et on ne peut y mettre fin à tout moment comme cela est le cas de l'indivision de droit commun<sup>439</sup>. La gestion de l'indivision est différente de celle de la communauté même si, aujourd'hui, il existe de plus en plus d'actes que les deux conjoints doivent effectuer ensemble en droit français, dans un objectif de protection de cette communauté.

**220.** Une autre théorie possible serait que la communauté ne serait ni plus ni moins qu'une société entre conjoints. Cette théorie, déjà soutenue par Pothier qui voyait dans la communauté une espèce de société de biens<sup>440</sup>, a été reprise par Carbonnier dans sa thèse de doctorat<sup>441</sup>. Il considérait ainsi que tout régime matrimonial était une société, qu'il qualifiait de « conjugale », et remplissait les différents éléments de l'association que sont l'apport de chaque associé, l'objectif consistant dans la réalisation de bénéfices à partager et *l'affectio societatis*<sup>442</sup>. En droit québécois, M. Mignault voyait également dans la communauté une société, mais une société régie par des règles particulières la distinguant des sociétés de droit commun<sup>443</sup>. Cette idée de communauté – société peut être intéressante à retenir. Elle a en effet l'avantage de bien refléter l'idée selon laquelle chacun des époux – associés apporte une contribution au mariage et reçoit donc en contrepartie de celle-ci une part lors de la dissolution de la communauté. Le mariage ainsi envisagé a plus une fonction économique et

---

<sup>438</sup> *Sura c. M.N.R.*, [1962] R.C.S. 65, et plus particulièrement les motifs du Juge Taschereau p. 70.

<sup>439</sup> Voir Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, LGDJ, 1957, par Boulanger, n°155-5 p. 329.

<sup>440</sup> Pothier, *Œuvres complètes*, Tome 11, *Traité de la Communauté*, Tome 1, Ed. Thomine et Fortic, n° 1, p. 15

<sup>441</sup> Carbonnier Jean, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1932.

<sup>442</sup> Carbonnier, *op.cit.*, voir entre autres p. 394 et s.

<sup>443</sup> Mignault P.-B., *Le droit civil canadien*, Tome 6 contenant le titre des obligations, le chapitre de la preuve, et le titre des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux, Ed. C. Théoret, 1902, p. 143.



la communauté est envisagée comme un ensemble d'échanges et de contributions entre les époux qui donnent lieu à un partage du patrimoine final, la masse commune.

**221.** Cette idée de société peut toutefois être critiquée. D'une part, comme le précisent Esmein et Ponsard, il est difficile de voir dans le régime de la communauté légale une société par le simple fait que la volonté des conjoints n'est pas expresse pour créer cette communauté<sup>444</sup>. D'autre part, le régime de la communauté est tout sauf un régime souple auquel il peut être mis fin à tout moment ainsi que le veut la société<sup>445</sup>. On soutient également que la société est créée par les associés dans le but de faire des profits, ce qui n'est pas le cas de la communauté<sup>446</sup>. De plus, l'idée de communauté – société devrait avoir pour conséquence l'acquisition de la personnalité morale par cette communauté. Cette solution n'est pourtant pas celle qui prédomine et la Cour de cassation française a écarté ouvertement la possibilité d'une telle personnalité pour la communauté<sup>447</sup>. En droit québécois, la reconnaissance de la personnalité morale à la communauté serait très certainement impossible puisque la société civile elle-même ne se voit pas reconnaître la personnalité morale<sup>448</sup>. La possibilité d'une communauté – société civile serait alors envisageable, la communauté n'ayant pas de personnalité morale. Toutefois, un argument plus récent va dans le sens d'un refus de la communauté ou même de tout régime matrimonial comme d'une société. Il s'agit tout simplement de la jurisprudence relative à la société créée de fait entre conjoints<sup>449</sup>. Celle-ci refuse généralement l'existence d'une telle société aux motifs que les critères de la société ne sont pas remplis et, que, par exemple, il n'y avait pas de volonté de participer aux dettes du conjoint. La société créée de fait entre époux n'existe que lorsque les conjoints créent une véritable entreprise, une activité professionnelle à laquelle ils participent ensemble tels que deux personnes non mariées le feraient. Il paraît donc difficile d'admettre que le mariage en tant que tel puisse avoir pour conséquence la création d'une société conjugale : le régime matrimonial. La nature de société de la communauté de biens doit donc être rejetée.

---

<sup>444</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VIII, 7<sup>ème</sup> édition par Esmein et Ponsard, 1973, p. 240.

<sup>445</sup> Voir Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, LGDJ, 1957, par Boulanger, n°155-2 p. 326.

<sup>446</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 229.

<sup>447</sup> Cass., 18 avril 1860, *D.* 1860 I 185.

<sup>448</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *op. cit.*, p. 230.

<sup>449</sup> Voir n°457

**222.** Dans sa thèse relative à « La personnalité morale démythifiée »<sup>450</sup>, Mme Bouchard envisage les sociétés de personnes au Québec plutôt comme des « sociétés patrimoine d'affectation ». Cette vision s'accorderait mieux selon elle avec le véritable fonctionnement de ces sociétés et reflèterait surtout les deux réalités qui coexistent dans la société : activité collective et intérêts individuels. Si la communauté n'est pas une société avec une personne morale elle pourrait plutôt se rapprocher de ces sociétés patrimoine d'affectation.

**223.** Le patrimoine d'affectation est défini comme « une universalité de biens qui ont une destination particulière, qui sont affectés à un but particulier, sans être nécessairement lié à un propriétaire précis »<sup>451</sup>. La communauté serait alors un patrimoine d'affectation dans lequel les conjoints mettraient les biens et les revenus à destination de la famille. M. Lafond considère d'ailleurs que la communauté est bien une application légale de ce patrimoine d'affectation en droit québécois<sup>452</sup>.

**224.** En France, le principe reste encore celui de l'unicité du patrimoine même si l'adoption récente de la fiducie<sup>453</sup> et plus particulièrement sa modification par la Loi de modernisation de l'économie<sup>454</sup>, paraît remettre en cause ce principe. Ainsi si l'idée de patrimoine d'affectation semble bien correspondre à la véritable nature de la communauté de biens, nous doutons qu'elle corresponde, encore aujourd'hui, à la vision française d'une telle communauté<sup>455</sup>.

**225.** M. Comtois considère enfin la communauté comme une institution<sup>456</sup>. En effet, pour cet auteur, l'institution n'est pas une personne morale mais a certains traits d'une entité juridique comme par exemple la possibilité d'affecter un patrimoine à un objectif particulier, plaçant ainsi ce patrimoine au-delà des individus. Dans le cadre de la communauté, on peut

---

<sup>450</sup> Bouchard Charlaïne, *La personnalité morale démythifiée, Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, Ed. PUL, 1997.

<sup>451</sup> Lafond Pierre-Claude, *Précis de droit des biens*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2007, n°396 p. 154. Voir également Normand Sylvain, *Introduction au droit des biens*, Ed. Wilson et Lafleur, 2014, p. 30.

<sup>452</sup> Lafond Pierre-Claude, *op. cit.*, n°397, p. 154. Il se fonde d'ailleurs sur les anciens articles du Code civil du Bas-Canada.

<sup>453</sup> Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

<sup>454</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, voir les commentaires de Roussel Frédéric et Mroz Hubert, « Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie », *Droit & Patrimoine* octobre 2008, p. 30.

<sup>455</sup> Dans la dernière édition de leur ouvrage, MM. Malaurie et Aynès montrent bien la réticence du droit français face au patrimoine d'affectation en ce qui concerne les principes généraux (n°15 et s.), Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les biens*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013. Sur la question voir également Strickler Yves, *Les Biens*, Ed. PUF, 2006, n°143 b. p. 207 et s.

<sup>456</sup> Comtois Roger, « Que reste t'il de la société d'acquêts ? », (1994) 28 *R.J.T.* 397, et plus particulièrement p. 400 et s. et surtout Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Ed. Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964, p. 45 et s.

ainsi noter l'existence d'un certain patrimoine, la communauté, qui va être au-dessus des époux et sur lequel les époux n'ont que des pouvoirs limités. De plus, le fort encadrement législatif qui entoure la communauté renforce cette idée de communauté – institution.

**226.** L'idée d'une communauté – institution est certainement une des meilleures pour expliquer la nature du régime de communauté et permet de distinguer ce régime des autres institutions du droit civil. Elle retranscrit le mieux la spécificité de la communauté qui tient certainement aux origines de ce régime. Celle-ci n'étant pas issue du droit romain comme la plupart des institutions de notre droit civil français et, en grande partie, du droit civil québécois, il est souhaitable de ne pas la rattacher à d'autres institutions déjà existantes mais de lui reconnaître sa spécificité. Elle s'est construite progressivement autour de la volonté de protéger le conjoint qui était le plus dépendant du mariage, c'est-à-dire l'épouse. Elle a également permis de reconnaître le rôle de l'épouse dans l'association familiale et dans l'enrichissement du ménage. L'idée et le rapprochement avec la notion d'association<sup>457</sup> est certainement celle qui transcrit le mieux la nature du mariage et de la communauté. La communauté – institution permet de mettre en valeur l'objectif premier du mariage qui est de mettre en commun ce qu'ont les époux, non pas dans le but de s'enrichir, mais par amour et par simple volonté de vivre ensemble. La communauté répond à cette idée et reflète le fait que la communauté de vie entraîne une communauté économique, une collaboration à la création d'un patrimoine commun voire un enrichissement commun. Lors de la dissolution de la communauté il est alors équitable que chacun ayant contribué à la formation de ce patrimoine, que ce soit par un apport en nature ou en argent, reçoive une part de la masse commune, en reconnaissance de sa collaboration à la constitution et à l'enrichissement possible du patrimoine. Suivant leur volonté, les époux peuvent alors faire en sorte que ce partage soit plus ou moins égalitaire.

*β) Les mécanismes d'égalisation au sein des différentes communautés*

**227.** Les régimes communautaires se caractérisent généralement par l'existence d'une masse de biens accompagnée ou non de masses de biens propres des conjoints. Suivant l'étendue octroyée à la masse commune, le régime de communauté tend plus ou moins vers

---

<sup>457</sup> Et non de société, association que remettait d'ailleurs en cause M. Carbonnier dans sa thèse, voir Carbonnier Jean, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1932.

une égalisation parfaite des patrimoines des conjoints à la suite de la dissolution du mariage et donc à un équilibre dynamique total.

**228.** Le régime de la communauté universelle est certainement celui qui permet la plus parfaite égalisation des patrimoines des conjoints. Mais est-ce pour autant qu'il reflète pour le mieux la collaboration fournie pendant le mariage par chacun des époux ? En effet, dans le cadre de ce régime tous les biens des époux sont communs quelque soit leur mode et leur moment d'acquisition<sup>458</sup>. Sont ainsi compris parmi les biens communs tant les biens acquis pendant le mariage que ceux acquis antérieurement à celui-ci par un seul des conjoints mais aussi tous les biens obtenus par donation ou succession. Seuls sont exclus de la communauté les biens propres par nature des époux<sup>459</sup>, comme leurs vêtements et linges personnels ainsi que « les instruments nécessaires à la profession de l'un des époux, à moins qu'ils ne soient l'accessoire d'un fonds de commerce ou d'une exploitation faisant partie de la communauté »<sup>460</sup>. A la dissolution de ce régime, la masse commune doit être partagée en deux et chacun des conjoints obtient donc la moitié de la totalité des biens du couple et repart ainsi avec un patrimoine identique (à l'exception des biens propres par nature) à celui de son conjoint. Il semble d'ailleurs qu'en droit français, depuis la réforme du droit du divorce du 26 mai 2004<sup>461</sup>, la communauté universelle étant considérée comme un avantage matrimonial prenant effet au cours du mariage, elle ne soit plus révocable<sup>462</sup> et seules les clauses spécifiques dans le contrat de mariage pourront avoir pour effet la remise en cause d'un partage égal de cette communauté universelle. Si une telle clause n'est pas prévue on est alors face à une égalisation totale des deux patrimoines des conjoints. Cette communauté va au-delà de la simple idée de collaboration entre époux et du partage des fruits de cette collaboration puisque non seulement sont partagés les biens acquis en commun mais également des biens qui n'ont aucun lien avec l'enrichissement commun. L'équilibre dynamique et l'idée de partage pour la collaboration fournie sont alors dépassés et l'on tend plus vers une égalité

---

<sup>458</sup> Voir pour le droit français : Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2015, n°446 et s., p. 355 et s., Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2001, n° 690 et s., p. 642 et s., Cornu G., *Les régimes matrimoniaux*, Collection Thémis, PUF, 1997, Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n° 752 p. 304 et s. . Ainsi que l'article 1526 du Code civil français.

<sup>459</sup> Article 1404 du Code civil.

<sup>460</sup> Pour une analyse des interprétations jurisprudentielle pour cette notion de bien propres voir Le Guidec Raymond, « Communauté conventionnelle – communauté universelle », *Jurisclasseur Code civil*, Mise à jour 15 janvier 2014.

<sup>461</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce*.

<sup>462</sup> Voir Sauvage François, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Rép. Def.* 2004, Article 38038, p. 1425, et plus particulièrement p. 1428.

totale et parfaite qui a pour conséquence que les conjoints recommencent une nouvelle vie avec deux patrimoines identiques. Cette situation est certainement très égalitaire, en particulier, lorsque les époux entrent dans le mariage sans biens. En effet elle correspond bien à la volonté de tout partager qui anime les époux lorsqu'ils se marient et l'on peut penser que, si les époux n'ont pas hérité ou reçu de donations, le patrimoine partagé correspond bien à celui que les conjoints ont acquis ensemble par leur travail et leur participation commune. Mais cette communauté peut néanmoins dans certains cas être dangereuse lorsque l'un des conjoints apporte beaucoup plus à la communauté, non pas en raison de son travail, mais en raison de donation ou de succession. En effet, lorsque l'enrichissement est dû au travail d'un conjoint pendant le mariage, il paraît normal que cet enrichissement tombe dans la communauté au même titre que le travail fourni par l'autre et dont chacun profite. En revanche, une donation ou un bien acquis par succession est plus lié à la personne du donataire ou de l'héritier et le fait que son conjoint en profite également n'est pas toujours bien accepté et peut paraître même injuste, en particulier lorsque le mariage est dissout par divorce. C'est d'ailleurs généralement ce type de biens qui est exclu des communautés réduites à un certain nombre de biens.

**229.** Parmi les communautés autres que la communauté universelle, on compte la communauté de meubles et acquêts. De même que la communauté universelle, la communauté de meubles et acquêts va au-delà du simple équilibre dynamique puisque, outre les biens immeubles acquis pendant le mariage autrement que par donation ou succession, font partie de la masse commune tous les biens meubles des époux quel que soit le mode d'acquisition de ceux-ci<sup>463</sup>. Cette communauté de meubles et acquêts s'explique sans problème lorsque l'on considère que les meubles ont peu de valeur et que s'applique l'adage « *res mobilis res vilis* ». Mais si les meubles pendant de nombreux siècles n'ont eu que peu de valeur, ce n'est plus le cas aujourd'hui et, désormais, les valeurs mobilières qui sont des meubles au sens juridique du terme, peuvent avoir plus de valeur qu'un bien immobilier. Le partage des biens meubles peut alors être très favorable pour l'un des conjoints sans pour autant véritablement correspondre à un partage de l'enrichissement fait pendant le mariage.

---

<sup>463</sup> Voir Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2001, n°684 et s., p. 637 et s., Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°438 et s., p. 348 et s., en droit québécois font aussi partie de la communauté de meubles et acquêts « les immeubles reçus pendant le mariage par donation ou par legs d'une personne autre qu'un descendant, sauf s'il y a une stipulation de propre dans le testament ou la donation », Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du Répertoire du Notariat/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°197, p. 65.

**230.** Le troisième type de communautés correspond alors certainement le plus à la notion d'équilibre dynamique et à l'idée de partage pour la collaboration fournie, il s'agit de la communauté d'acquêts. La masse commune de ce type de communauté est effectivement composée des biens meubles ou immeubles qui ont été acquis au cours du mariage par une autre voie que la donation ou la succession<sup>464</sup>. Ce sont donc les biens acquis au cours de l'union par la contribution des deux conjoints qui sont partagés à égalité entre ces derniers au moment de la dissolution. Il y a donc un véritable partage équitable et égalitaire de l'enrichissement dont a bénéficié le couple au cours du mariage et la mise en œuvre de l'équité entre les conjoints.

**231.** Enfin, il est également possible pour les époux, en droit français, conformément aux dispositions des articles 1520 et suivants du Code civil, de prévoir une clause de partage inégal. Cela permet ainsi aux époux de déterminer comment ils souhaitent équilibrer le partage des biens en fonction de la contribution de chacun. A défaut d'égalité, les époux tendent ainsi à chercher une plus grande équité. On peut toutefois noter que les clauses de partage inégal sont souvent des clauses en faveur du conjoint survivant<sup>465</sup>.

**232.** Différents choix s'offrent ainsi aux époux et aussi aux législateurs car, s'ils n'imposent pas un régime matrimonial, ils peuvent mettre en place un régime légal s'appliquant à défaut d'avis contraire de la part des conjoints. Ce sont alors des considérations politiques et sociologiques qui ont amené les législateurs français et québécois à adopter ou non la communauté comme régime légal.

#### *γ) Les régimes communautaires applicables en France et au Québec*

**233.** Avant la révolution française, deux types de régimes matrimoniaux étaient appliqués en France : au nord, les régimes de communautés et, au sud, le régime dotal. Lors de la rédaction du Code civil napoléonien, les codificateurs auraient pu adopter les deux régimes comme régimes légaux en leur accordant des zones d'application géographiques

---

<sup>464</sup> Voir Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°276 et s., p. 207 et s., Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, 2001, n°256 et s., p. 247 et s.

<sup>465</sup> Qu'il s'agisse de la stipulation de parts inégales ou de l'attribution de la communauté au dernier vivant, voir Simler Philippe et Terré François, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n° 759 et s., p. 602 et s.

différentes<sup>466</sup>. Mais mettre en place une telle différence aurait eu pour conséquence de contredire la volonté de mettre en place un droit unifié à toute la France, en réaction à l'ancien droit dont la principale caractéristique était le morcellement. Différentes raisons amenèrent alors à l'adoption du régime de communauté comme régime légal<sup>467</sup>. La première était que le régime de la communauté de meubles et acquêts permettait de conserver comme propres les immeubles qui appartenaient à l'un des époux avant le mariage ou dont il héritait au cours de l'union. Ce régime correspondait, de plus, à la vision du mariage et à son but, puisque la masse commune permettait tant de contribuer aux charges du mariage qu'à l'éducation des enfants. Elle concrétisait également la vision associative du mariage et le fait que les époux collaborant ensemble au fonctionnement de la famille, ils devaient recevoir en contrepartie de cette collaboration une part des biens communs. Enfin, pour les codificateurs, la communauté permettait au mari de conserver un rôle prépondérant qui correspondait bien à l'esprit de l'époque.

**234.** Les rédacteurs du Code civil du Bas-Canada adoptèrent également le régime de la communauté de meubles et acquêts comme régime légal. Ils s'inspirèrent alors non pas du Code civil napoléonien mais plutôt de la Coutume de Paris dans sa version rédigée de 1580<sup>468</sup>.

**235.** Avec l'évolution de la société, la question du régime de communauté comme régime légal devait toutefois être progressivement remise en cause. En effet, si la communauté permettait le partage des biens, elle instaurait également le mari comme chef de la communauté et reléguait l'épouse au rang d'incapable.

**236.** Dès la fin de la guerre, plus particulièrement au cours des années cinquante, le problème de conserver ou non un régime de communauté comme régime légal en France se posa. Après le rejet de différents projets de 1953 à 1959<sup>469</sup> donnant des pouvoirs plus ou

---

<sup>466</sup> Voir Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome XIII, Code civil, Livre III, Commentaires et compléments des Codes français*, Ed. Treuttel et Wütz, 1828, p. 63 et s.

<sup>467</sup> Terré François et Simler Philippe, *op. cit.*, n°30, p. 21 et s.

<sup>468</sup> Voir Code civil du Bas-Canada, Quatrième et cinquième rapports, Imprimerie George C. Desbarats, 1865, p. 200 et s. pour les commentaires généraux et 402 et s. pour les références exactes à la Coutume de Paris et aux œuvres de Pothier. Voir aussi Brisson Jean-Maurice et Kasirer Nicholas, « La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation ? », dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, sous la direction de Glenn Patrick, Ed. Yvon Blais, 1993, p 221, et plus particulièrement p. 224 et s. ; Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 122.

<sup>469</sup> Voir Cornu Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, Collection Thémis, Ed. PUF, 1997, p. 61 et s.

moins importants à l'épouse, la loi portant réforme du droit des régimes matrimoniaux fut adoptée le 13 juillet 1965<sup>470</sup>.

**237.** Le projet de loi, élaboré par le doyen Carbonnier, faisait suite à une grande enquête sociologique et il s'agissait alors d'une grande première en matière de travail législatif<sup>471</sup>. Des deux enquêtes menées tant auprès des notaires que du grand public était ressortie une double volonté des français : la première était de mettre en place une véritable égalité entre les conjoints, la seconde consistait en l'attachement des français au régime communautaire qui correspondait le mieux à leurs préoccupations. Cette enquête amena donc le gouvernement à déposer un projet de loi conservant la communauté comme régime légal, la limitant aux acquêts, ce qui permettait de conserver les biens de famille, autre souhait de l'opinion publique, et donnant de nouveaux droits plus égalitaires à l'épouse<sup>472</sup>. Pour la société française, si la communauté paraissait être le régime matrimonial qui correspondait le mieux à sa conception du mariage et à l'idée d'association qui y est sous-jacente, cette association devait être gérée également par les conjoints<sup>473</sup>.

**238.** La réforme de 1965 mit donc en place le régime légal de la communauté d'acquêts dont l'objectif est de partager entre les conjoints tout ce qu'ils ont pu acquérir et recevoir en commun pendant le mariage, tout en conservant les biens de familles ou les biens propres qu'ils ont pu obtenir soit avant le mariage soit pendant celui-ci sous forme de donation ou héritage. Il s'agit bien à travers ce régime de considérer le mariage comme une association et de faire en sorte que chacun des conjoints profite de l'enrichissement qu'a pu faire le couple et qui résulte de leurs efforts communs. Certains<sup>474</sup> ont fait valoir que la communauté perdrait de sa valeur en étant limitée aux seuls acquêts. Cependant, dans de nombreuses situations, au moment du mariage, les couples, particulièrement lorsqu'ils sont jeunes, n'ont aucun bien et la grande majorité des biens du couple est alors constituée par des acquêts. Ce régime nous

---

<sup>470</sup> *Loi n°65-570 sur la réforme des régimes matrimoniaux.*

<sup>471</sup> Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n°15 p. 7.

<sup>472</sup> Voir le Projet de loi présenté par Jean Foyer, *Rapport, Doc. Sénat, n°131, 1<sup>ère</sup> sess. ordinaire de 1964-1965*, et plus particulièrement p. 3 du rapport. Voir également le rapport de M. Marilhac, *Doc. Sénat, n°144, 1<sup>ère</sup> session ordinaire 1964-1965*.

<sup>473</sup> Cette égalisation entre les conjoints fut néanmoins terminée totalement dans le cadre de la réforme de 1985. En effet avant cette loi le mari conservait encore un pouvoir prépondérant sur la communauté. Voir la Loi du 25 décembre 1985, Loi 85-1372 sur l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, Colomer André et Champenois Gérard, « La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », *Rép. Def.* 1986, Art. 33705, p. 481.

<sup>474</sup> Voir Savatier René, « La finance ou la gloire : option pour la femme mariée ? Réflexions sur la réforme des régimes matrimoniaux », *D.* 1965, chron. n° XXXII, p. 135.



paraît donc bien permettre la concrétisation de l'équilibre dynamique entre les conjoints en partageant de façon égalitaire les acquêts et en reconnaissant ainsi les efforts faits par chacun des conjoints. De plus, en limitant la communauté aux seuls acquêts tout en laissant chacun des conjoints gérer ses biens, on fait entrer une part d'indépendance qui n'existait pas antérieurement. La communauté tend alors vers un régime plus séparatiste et les différences entre les régimes ne sont alors plus si simples à déceler. Ce rapprochement entre les divers régimes matrimoniaux avait d'ailleurs été noté lors de l'élaboration du projet de loi relatif à la réforme des régimes matrimoniaux en France et la question s'était même posée de savoir si un régime de participation aux acquêts était nécessaire, le régime de communauté ayant en définitive un fonctionnement similaire<sup>475</sup>.

**239.** Si la réforme française de 1965 mit en place un régime qui tendait vers l'égalité avec une réforme en profondeur de la communauté légale, elle conserva également, à titre de régime conventionnel, le régime de communauté de meubles et acquêts et la communauté universelle. Cette communauté, la plus égalitariste mais aussi celle qui correspond le moins à l'idée d'équilibre dynamique, est le régime qui privilégie le mieux la relation conjugale face aux aléas de la vie puisque le conjoint a également droit à la moitié des biens que son époux a reçu de sa famille. L'adoption de cette communauté comme régime matrimonial conventionnel est moins rare qu'on ne le pense en France. En effet, on a pu constater un regain d'intérêt pour cette communauté et il s'agissait alors généralement de couples relativement âgés qui, dans l'objectif de protéger le conjoint survivant, adoptaient un tel régime. On a ainsi pu parler de « régime matrimonial à cause de mort »<sup>476</sup>. Cet intérêt pour la communauté universelle est propre à la France et ne se retrouve pas dans la société québécoise où le régime de communauté a quasiment disparu du paysage. Toutefois avec l'abolition des droits de mutation à cause de mort par loi TEPA du 21 août 2007<sup>477</sup> et l'évolution récente du droit des successions devenu beaucoup plus protecteur du conjoint survivant, elle a perdu une partie de son attrait<sup>478</sup>. C'est ainsi que désormais le conjoint survivant hérite aujourd'hui en présence d'enfants soit d'un quart en pleine propriété soit de

---

<sup>475</sup> Voir le Projet de loi présenté par Jean Foyer, *Rapport, Doc. Sénat, n°131, 1<sup>ère</sup> sess. ordinaire de 1964-1965*, et plus particulièrement p. 10 et 11.

<sup>476</sup> Voir Cornu, *op. cit.*, n°108, p. 558.

<sup>477</sup> *Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.*

<sup>478</sup> Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2015, n°447, p. 355 et s.

l'usufruit de la totalité des biens du *de cuius*<sup>479</sup> et, de plus, ne doit plus payer de droits de mutation pour cause de décès<sup>480</sup>.

**240.** Si la société française demeure très attachée aux régimes communautaires, ce n'est en revanche pas le cas au Québec. Au début des années 1960, une enquête d'opinion, effectuée par M. Comtois<sup>481</sup> au Québec, révéla que 70% des couples québécois faisaient un contrat de mariage et adoptaient alors le régime de séparation de biens<sup>482</sup>. Plusieurs raisons expliquaient la désaffection de la société québécoise pour le régime de communauté<sup>483</sup>. La société québécoise, en pleine mutation et influencée par des mouvements féministes importants, n'acceptait plus le régime de communauté de meubles et acquêts tel qu'il avait été envisagé en 1866 avec la prépondérance totale du mari. Mais, et cela peut paraître également plus étonnant ainsi que nous l'explique M. Baudouin<sup>484</sup>, l'enquête faite auprès de la population montra également que de nombreux couples avaient comme préjugé que le régime de communauté était un régime compliqué contrairement au régime de séparation de biens qui leur apparaissait beaucoup plus simple.

**241.** Au Québec, le régime de communauté où les pouvoirs étaient concentrés entre les mains du mari, chef de famille, semblait également totalement anachronique au regard des réformes qui avaient eu lieu au cours des années cinquante et soixante<sup>485</sup>. Dès 1964<sup>486</sup>, la femme mariée s'était vue reconnaître la pleine capacité juridique. Cette pleine capacité n'avantageait toutefois que la femme séparée de biens qui avait tout pouvoir sur ses biens alors que la femme mariée sous un régime de communauté, bien que s'étant vu reconnaître des pouvoirs d'administration sur ses biens, devait encore demander l'autorisation de son

---

<sup>479</sup> Pour une analyse plus détaillée des droits du conjoint survivant voir Malaurie Philippe, *Les successions, Les libéralités*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2012, n°79 et s., p. 59 et s.

<sup>480</sup> Art. 8 de la Loi 2007-1223 du 8 juillet 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite Loi TEPA. Cet article 8 est devenu l'article 796-0 bis du Code général des impôts : « Sont exonérés de droits de mutation par décès le conjoint survivant et le partenaire lié au défunt par un pacte civil de solidarité ».

<sup>481</sup> Comtois Roger, « Pourquoi la société d'acquêts ? », (1967) *R. du B.* 602, p. 604.

<sup>482</sup> Dans Comtois Roger, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Recueil de droit et de jurisprudence, 1964, les séparations conventionnelles qui étaient adoptées par 43% des couples en 1932, représentaient alors 72% des régimes matrimoniaux en 1962.

<sup>483</sup> Voir Roy Alain, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) *C. de D.* 657, p. 678.

<sup>484</sup> Beaudouin Jean-Louis, « A propos de la réforme des régimes matrimoniaux en droit québécois », dans *Lois Nouvelles II, La réforme des régimes matrimoniaux, L'obligation alimentaire entre époux séparés de ou divorcés, la copropriété des immeubles*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 10.

<sup>485</sup> Brière Germain et Béliveau Pierre, « Réflexions à l'occasion d'une réforme... Pourquoi faut-il encore un régime matrimonial et pourquoi faut-il que ce soit la société d'acquêts ? », (1970) *73 R. du N.* 55, et plus particulièrement p. 82 et s.

<sup>486</sup> *Loi sur la capacité de la femme mariée du 18 juin 1964*, (1964) 12-13 E. II, S.Q., ch. 66.

mari pour les aliéner même si elle devait donner son autorisation pour l'aliénation d'un bien commun par son mari. Le mari, malgré la reconnaissance de la capacité de la femme mariée, conservait l'administration de la communauté.

**242.** Dans le cadre de la réforme de 1970, de même que lors de la réforme en France de 1965, il aurait été possible de conserver cette communauté comme régime légal tout en instaurant une véritable égalité entre les conjoints. Mais, comme le précise M. Brière<sup>487</sup>, la première réforme de 1964, en donnant plus de pouvoir à l'épouse n'avait pas amélioré la vision de la société québécoise face à ce régime de communauté et il était trop tard pour changer les mentalités. Lors des discussions relatives à la réforme des régimes matrimoniaux au Québec, le législateur a donc dû mettre de côté ce régime désapprouvé par l'opinion publique.

**243.** La communauté resta régie dans la Code civil du Bas Canada à titre de régime conventionnel<sup>488</sup>. Les dispositions lui étant relatives furent abrogées avec la Loi 89 de 1980<sup>489</sup>, seuls 1% des mariés continuant à adopter ce régime à titre de régime conventionnel<sup>490</sup>, selon le ministre de la justice de l'époque, « le droit désuet doit cesser d'encombrer nos codes et nos lois »<sup>491</sup>.

**244.** Au lieu de moderniser le droit du régime de la communauté de meubles et acquêts, le législateur québécois a donc préféré choisir un régime matrimonial nouveau qui effectue le partage de l'enrichissement : la société d'acquêts.

#### *b. L'égalisation par le partage de l'enrichissement*

**245.** La reconnaissance de la contribution de chacun des conjoints au fonctionnement de la famille peut se faire par le partage de l'enrichissement. Dans les droits étudiés, la société d'acquêts au Québec et la participation aux acquêts en France permettent un tel partage. Avant de nous intéresser aux origines de ces régimes matrimoniaux ( $\alpha$ ) ainsi qu'à leur fonctionnement ( $\beta$ ), des précisions terminologiques s'imposent.

---

<sup>487</sup> Brière Germain, art. *op. cit.* p. 88.

<sup>488</sup> Anciens articles 1272 à 1425i du Code civil du Bas Canada, voir Caparros Ernest, « Loi concernant les régimes matrimoniaux », (1970) *C. de D.* 303, p. 308 et s.

<sup>489</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>490</sup> Auger Jacques, « La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », [1981] *C.P. du N.* 33, n°222, p. 96.

<sup>491</sup> *Journal des débats*, Commission permanente de la justice, 11 décembre 1980, n°10, p. B323.

### *Précisions terminologiques*

**246.** Dans le cadre des développements suivants, nous comparerons la société d'acquêts québécoise et la participation aux acquêts française. Nous aurons en effet l'occasion de constater que ces deux régimes relèvent des mêmes principes, soit l'indépendance de gestion des conjoints sur leurs biens au cours du mariage et le partage de l'enrichissement acquis par ces conjoints ou les biens acquis au cours du mariage lors de sa dissolution.

**247.** La société d'acquêts québécoise doit donc être distinguée de son homonyme français. La société d'acquêts française est une clause parfois incluse dans un régime de séparation de biens dont l'effet est de créer une masse commune, composée de biens et d'économies réalisées par les époux pendant le mariage et partagés entre eux à la dissolution du régime. Cette clause peut s'appliquer à un nombre de biens déterminés et c'est en cela qu'elle conserve sa spécificité puisque, lorsqu'elle porte sur l'intégralité des biens acquis pendant le mariage, elle est directement concurrencée tant par la communauté de biens entre conjoints que par la participation aux acquêts et ne conserve donc que peu d'intérêts. Nous aurons l'occasion de constater qu'il s'agit d'un moyen de limiter les iniquités pouvant se poser avec la séparation de biens par la séparation stricte des deux patrimoines des époux et l'impossibilité pour un époux dans le besoin appauvri d'obtenir une part du patrimoine de l'autre alors même qu'il a par son aide contribué à l'enrichissement de ce patrimoine. Cette société d'acquêts du droit français ne sera pas étudiée dans le cadre de ce paragraphe mais dans le cadre de l'étude des régimes séparatistes susceptibles de mettre en place une égalité dans la liberté.

#### *α) Origines de la société d'acquêts québécoise et de la participation aux acquêts française*

**248.** Le régime de la société d'acquêts québécoise ou de la participation aux acquêts française est beaucoup plus récent que le régime de communauté ou plus encore que celui de la séparation de biens. Les origines de ces régimes remontent au XVI<sup>ème</sup> siècle en Hongrie<sup>492</sup>

---

<sup>492</sup> Le régime de participation aux acquêts serait en effet né en Hongrie, la notion d'acquêts serait apparue dans le droit de ce pays dès le *Tripartitum* de 1514, même si à l'époque des différences existaient entre les différentes couches de la société et les femmes roturières avaient plus de droits que les femmes nobles, voir Zajtay Imre, « Les régimes matrimoniaux du droit hongrois », *RIDC* 1949, p. 274 et s., voir également du même auteur

et ce type de régime était en vigueur dans différents droits allemands dès la fin du XVII<sup>e</sup> et le début du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>493</sup>. Si les premières législations « contemporaines » à avoir retenu ce système sont l'Autriche (comme régime conventionnel) et le Costa Rica<sup>494</sup> (comme régime légal) au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, ce sont essentiellement les législations des pays nordiques au début du XX<sup>e</sup> siècle qui ont permis de faire connaître ce régime. Un des premiers pays à avoir adopté la participation aux acquêts est la Suède en 1920<sup>495</sup>, suivie du Danemark en 1925<sup>496</sup> et de la Norvège 1927<sup>497</sup>, puis ce fut le tour de l'Allemagne le 18 juin 1957<sup>498</sup>. On notera que si, pendant longtemps, on a pensé qu'il serait impossible de trouver un régime matrimonial universel, le régime de la participation aux acquêts, dans une certaine mesure, semble bien avoir mis en œuvre cette unification mondiale.

**249.** Le régime de la participation aux acquêts a eu aussi un bon nombre de partisans au sein du gouvernement français dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>499</sup>. On proposa même dans le projet de loi Renoult de 1932<sup>500</sup> de l'introduire comme régime légal<sup>501</sup>. Ce projet, de même que les propositions Monerville en 1946, Chapuis en 1950, Cailleret en 1951 et enfin Dolez de 1959, ne fut pas adopté. La Commission de réforme du Code civil, après de longues discussions et un vote très serré (6 voix contre 4), adopta la communauté réduite aux acquêts comme régime légal et retint le régime de la participation comme un régime conventionnel.

---

« Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne », *RIDC* 1955 p. 572.

<sup>493</sup> C'était en particulier le cas dans le *Budjadinger Landrecht* de 1664 ou encore dans le *Landrecht* de Mayence de 1755, voir Frentzen Heike, *Zugewinnngemeinschaft und participations aux acquêts – Ein Vergleich*, Bonn, 1993, p. 3.

<sup>494</sup> Spiteri Pierre, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial (Etude de réforme législative)*, Ed. LGDJ, 1965, p. 172 n°203.

<sup>495</sup> Code du mariage du 11 juin 1920.

<sup>496</sup> *Loi du 18 mars 1925*.

<sup>497</sup> *Loi du 20 mai 1927*.

<sup>498</sup> La *Gleichberechtigungsgesetz* entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1958 a introduit la participation aux acquêts, *Zugewinnngemeinschaft* dans le BGB allemand aux §§ 1363 et s.. Voir entre autres Bosch F.W., « Bemerkungen zum « Gleichberechtigungsgesetz », *FamRZ* 1957 p. 189, Finke Franz-Josef, *Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Band IV, 1. Teil, §§ 1297-1563*, Ed. Walter de Gruyter, 1984, § 1363, Frentzen Heike, *Zugewinnngemeinschaft und participations aux acquêts – Ein Vergleich*, Bonn, 1993, Ferrand Frédérique, *Droit privé allemand, Dalloz*, 1997, n°485 et s., p. 470 et s, Rieg Alfred, « La participation aux acquêts en Allemagne et en France, deux visages d'une même institution », dans *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 921.

<sup>499</sup> Un des plus connus étant certainement Henri Capitant, dans le *Bulletin de la société de législation comparée* de 1922.

<sup>500</sup> J.O. Doc. Sénat 1932, annexe 594.

<sup>501</sup> Voir Piedelièvre Stéphane, « Participation aux acquêts », dans *Jurisclasseur civil*, Art. 1569 à 1581, Mise à jour 1996, n°2 p.4 ; David Stéphane et Jault Alexis, « Participations aux acquêts », dans *Encyclopédie Dalloz*, 2009, n°6 p. 3 ; Marty Gabriel et Raynaud Pierre, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Sirey, 1978, p. 19.

**250.** Différents arguments avaient été soutenus contre l'adoption de la participation aux acquêts comme régime légal. On considérait ainsi que cette participation ne correspondait pas à la tradition selon laquelle le mari devait avoir l'unité de la gestion du patrimoine de la famille. Ce régime apparaissait également comme un régime théorique<sup>502</sup> aux yeux de certains français même s'il était déjà mis en œuvre dans certains pays. On lui reprochait également sa complexité<sup>503</sup> compte tenu, notamment, des difficultés qui pouvaient être liées à la preuve de l'origine des biens, et son origine étrangère qui lui donnait également une nature incertaine<sup>504</sup> qui ne correspondait pas à la volonté des français. De fait, l'une des grandes peurs face à ce régime était qu'il provenait de l'étranger et qu'à l'époque, on n'osait avouer que telle ou telle institution française était tirée d'un autre droit<sup>505</sup>.

**251.** Le projet de loi Michelet de 1959 reprit les positions de la Commission de réforme du droit et la participation aux acquêts conserva sa place de régime conventionnel<sup>506</sup>, place qu'elle a en définitive depuis la réforme du droit des régimes matrimoniaux de 1965<sup>507</sup> où elle fut adoptée dans le but de « satisfaire, dans les générations nouvelles, un désir combiné d'indépendance et de participation aux bénéfices »<sup>508</sup>. Ce régime fut introduit à titre d'« essai législatif »<sup>509</sup>, dans l'objectif futur peut-être de l'adopter à titre de régime légal. Il n'est que peu utilisé aujourd'hui et la réforme intervenue dans le droit des régimes matrimoniaux de 1985<sup>510</sup> a renforcé la communauté d'acquêts à titre de régime légal pour les français. Il est toutefois à noter qu'un nouveau régime de participation aux acquêts vient d'apparaître en France : le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand qui est une synthèse des participations aux acquêts française et allemande<sup>511</sup> et est même considéré comme plus simple

---

<sup>502</sup> Voir Mazeaud dans *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 174

<sup>503</sup> Ce qui d'ailleurs était rejeté par M. Ancel dans les *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 175.

<sup>504</sup> Voir Spiteri Pierre, op.cit., n°205 et s., p. 174 et s.

<sup>505</sup> Spiteri Pierre, op.cit., p. 177 entre autres.

<sup>506</sup> Colomer André, op. cit. n°6 p. 3.

<sup>507</sup> *Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*. Lors des discussions relatives à cette loi on considéra en effet que ce régime presque totalement inconnu en droit français aurait du mal à s'imposer (de loi présenté par Jean Foyer, *Rapport, Doc. Sénat, n°131*, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1964-1965, op. cit., p. 4.) et que ce système était également très complexe (Voir les remarques de M. Jean Foyer, débats devant l'Assemblée nationale, *J.O. A.N.*, débats parlementaires, 2<sup>ème</sup> session, 1964-1965, p. 2586). On retrouve alors là les arguments qui avaient auparavant toujours repoussé le régime de la participation aux acquêts comme régime légal.

<sup>508</sup> Projet de loi présenté par Jean Foyer, *Rapport, Doc. Sénat, n°131*, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1964-1965, p. 11.

<sup>509</sup> Jean Foyer, op. cit., p. 11.

<sup>510</sup> *Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'Égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs*.

<sup>511</sup> *Accord du 4 février 2010 entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant, un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts*, accord publié par décret n° 2013-488 du 10 juin

que le régime français en simplifiant, par exemple, la détermination du patrimoine initial, ou en ne retraçant pas le droit de disposer mais une réincorporation des valeurs correspondantes dans le patrimoine final et ceci dans la limite de dix années avant la liquidation du régime<sup>512</sup>.

**252.** Le Québec a réformé son droit des régimes matrimoniaux quatre ans après la réforme du droit français en la matière<sup>513</sup>. La communauté n'étant plus acceptée par la population<sup>514</sup>, il a donc été envisagé de modifier le régime légal. Certains<sup>515</sup> ont considéré que, le régime de séparation étant le régime le plus adopté par les couples québécois par le biais de convention, il devait devenir le régime légal. De plus, il correspondait à la situation qui existait dans les autres provinces canadiennes qui ne connaissaient pas les régimes matrimoniaux. L'adoption de ce régime comme régime légal aurait pu amener, dans les faits, à une certaine unification du droit en la matière au Canada.

**253.** Ce ne fut toutefois pas la solution retenue, le régime de séparation ne permettant pas de mettre en œuvre la vision associative qui existe dans le mariage. MM. Brière et Béliveau expliquaient que ce régime était adopté dans le seul cas de conjoints qui se mariaient âgés en ayant chacun des biens suffisants pour leur assurer individuellement une indépendance économique<sup>516</sup>. De plus, le régime de la séparation pouvait amener à des injustices, en particulier pour l'épouse demeurant au foyer<sup>517</sup>. Le régime de société d'acquêts, qui respecte l'indépendance et l'autonomie des époux tout en permettant le partage des bénéfices réalisés pendant la durée du mariage, fut donc celui qui fut adopté en définitive par le législateur québécois. Ce régime était considéré comme équitable et juste<sup>518</sup>, équitable car il permet un partage des acquêts entre les conjoints au moment de la dissolution et qu'il donne la possibilité de conserver une certaine unité dans le mariage contrairement à la séparation de

---

2013, Voir le « Dossier Régime matrimonial optionnel franco-allemand : la liquidation du régime matrimonial optionnel franco-allemand », *AJ. Fam.* 2014, p. 400 et s.

<sup>512</sup> Simler Philippe, « Dossier régime matrimonial optionnel franco-allemand » : Avant-propos », *AJ. Fam.* 2014 p. 400.

<sup>513</sup> Loi concernant les régimes matrimoniaux, L.Q. 1969, c. 77.

<sup>514</sup> Voir n°236.

<sup>515</sup> Ce fut en particulier le cas du Barreau du Québec, voir Comtois Roger, « Pourquoi la société d'acquêts ? », (1967) *R. du B.* 602, p. 607. M. Comtois faisait partie du Comité des régimes matrimoniaux du Bureau de révisions du Code civil qui est à l'origine de la proposition de loi sur les régimes matrimoniaux de 1970. Voir également Caparros Ernest et Morisset Robert, *Réflexions sur le rapport du comité des régimes matrimoniaux : mémoire soumis à l'Office de révision du Code civil*, Québec, 1967 p. 140.

<sup>516</sup> Brière Germain et Béliveau Pierre, « Réflexions à l'occasion d'une réforme... Pourquoi faut-il encore un régime matrimonial et pourquoi faut-il que ce soit la société d'acquêts ? », (1970) *73 R. du N.* 55, p. 87.

<sup>517</sup> Office de révision du Code civil, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968, p. 8.

<sup>518</sup> Comtois Roger, *op. cit.* p. 608.

biens. Il est également équitable par le fait qu'il reconnaît le travail commun et la collaboration des époux dans le cadre du mariage et permet un partage de l'enrichissement acquis pendant le mariage, donc en commun. Mais s'il permet une mise en commun des biens et de l'enrichissement acquis pendant le mariage, il conserve également l'indépendance des conjoints et ce tout au long du mariage. Cette condition d'indépendance était fondamentale puisque le principal reproche fait à la communauté était qu'elle soumettait l'épouse à l'autorité de son mari. Elle correspondait, ainsi, à l'évolution individualiste de la structure familiale.

**254.** L'Office de révision du Code civil du Québec qui rédigea le projet, et en particulier M. Marceau<sup>519</sup>, s'inspira des droits suédois, danois, norvégien et allemand ainsi que du projet de loi français de 1932, le projet Renault<sup>520</sup>. Néanmoins si ces droits eurent une influence sur la réforme des régimes matrimoniaux au Québec, la société d'acquêts québécoise compte également de nombreuses spécificités par rapport à ceux-ci. En effet, à l'instar des régimes de communautés de biens, le régime de société d'acquêts est un régime à régime variable au carrefour de différents droits dont elle a pu s'inspirer. Ainsi, les régimes scandinaves distinguent entre différentes masses, les biens du mari sur lesquels la femme a un droit matrimonial, ceux sur lesquels elle n'en a pas, les biens de la femme sur lesquels le mari a un droit matrimonial, ceux sur lesquels il n'en a pas et enfin les biens acquis conjointement par les deux conjoints<sup>521</sup>. Le droit allemand paraît en revanche plus simple par le fait que tout dépend de la « péréquation » des bénéfices, c'est-à-dire du calcul de l'enrichissement entre le patrimoine d'origine et le patrimoine final<sup>522</sup>, de même que le régime français dont il est à l'origine. La société d'acquêts québécoise se situe en quelque sorte au carrefour de ces droits.

**255.** L'abandon de la communauté comme régime légal et l'institutionnalisation du régime de société d'acquêts comme régime légal a marqué un virage important dans le cadre de l'histoire du droit québécois. En effet, jusqu'à cette réforme des régimes matrimoniaux de 1970, le législateur québécois s'inspirait des réformes opérées par le législateur français. Il avait ainsi adopté en 1931 une loi<sup>523</sup> introduisant les biens réservés dans le Code civil du Bas Canada et en 1964 il avait adopté le principe d'égalité entre les hommes et les femmes. La

---

<sup>519</sup> Comtois Roger, *op. cit.* p. 605.

<sup>520</sup> Office de révision du Code civil, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968, p. 10.

<sup>521</sup> Beaudouin Jean-Louis, « A propos de la réforme des régimes matrimoniaux en droit québécois », *op. cit.*, p. 12, Office de révision du Code civil, *Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968, p. 10.

<sup>522</sup> *Zugewinnngemeinschaft*, § 1363 et s. du BGB.

<sup>523</sup> *Loi du 31 mars 1931*, (1930-1931) 21 Geo V, S.Q., ch. 101.



société québécoise ayant évolué différemment de la société française, le législateur québécois se devait donc d'aller plus loin<sup>524</sup>. Le droit québécois qui s'était jusqu'alors construit sur le modèle français en opposition au droit de tradition de *common law*, se devait de trouver son autonomie et sa spécificité. Cette recherche d'une spécificité s'est faite par le biais de recherches de droit comparé pour la création d'un nouveau régime matrimonial. Mais les rédacteurs du projet ne se sont pas limités à regarder du côté français ou de certains droits étrangers, ils ont effectué des recherches plus poussées et ont adopté un régime nouveau, totalement détaché du droit français mais aussi particulièrement original, puisque le régime de la société d'acquêts n'est ni la copie du droit allemand ni celle des droits scandinaves. Le droit québécois, avec cette réforme, a donc trouvé son identité et a surtout pris conscience de celle-ci<sup>525</sup>. C'est donc par le biais du partage de l'enrichissement qu'est désormais réalisé l'équilibre dynamique au Québec.

**256.** Le partage de l'enrichissement a donc remplacé le partage des biens même si, comme nous le verrons, on ne peut nier la filiation existant entre la société d'acquêts du Québec et le régime de la communauté d'acquêts.

*β) La nature de ces régimes matrimoniaux*

**257.** L'objectif tant de la participation aux acquêts que de la société d'acquêts est de permettre d'une part aux conjoints d'être indépendants pendant le mariage tout en partageant entre eux, à la dissolution du régime, l'enrichissement dont chacun a bénéficié au cours de l'union. La nature de la société d'acquêts et de la participation aux acquêts n'est alors pas simple à déterminer. On considère généralement que ces régimes sont à la frontière des régimes de communauté et des régimes de séparation. Lorsque la question s'est posée d'adopter le régime de la participation aux acquêts en droit français, voire même de l'adopter comme régime légal, des réflexions doctrinales ont été mises en œuvre afin d'intégrer ce nouveau régime au sein des régimes plus traditionnels et l'on a alors cherché à la rattacher soit au régime de séparation soit à celui de communauté<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> Brisson Jean-Maurice et Kasirer Nicholas, « La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation ? », dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, sous la direction de Glenn Patrick, Ed. Yvon Blais, 1993, p 221, et plus particulièrement p. 239.

<sup>525</sup> Brisson et Kasirer, *op. cit.* p. 243.

<sup>526</sup> Voir Spiteri Pierre, *op.cit.*, n°208 et s., p. 176 et s.

**258.** On a pu d'abord penser que la participation aux acquêts était un régime communautaire. Pour cela deux thèses étaient possibles. La première était de dire que ce régime généralisait l'utilisation des biens réservés<sup>527</sup>. Les biens réservés mis en œuvre par la loi de 1907 en France, mais également au Québec en 1931, avaient pour objectif de permettre à l'épouse de conserver dans les régimes de communauté tout pouvoir sur les biens acquis avec ses salaires propres. Il était alors possible de penser que la société d'acquêts en octroyant à chacun des époux la maîtrise de tous ses biens pendant le mariage, était en réalité une simple extension des biens réservés aux deux conjoints. Cependant, comme nous l'explique M. Spiteri<sup>528</sup> la participation aux acquêts se rapproche bien plus de la communauté d'acquêts en tant que telle que des biens réservés. En effet, les biens réservés ne recouvrent que les biens acquis grâce au travail de la femme mariée. Or si la communauté englobe ces biens, elle recouvre aussi, et principalement ceux acquis en commun, ce qui la rapproche alors plus certainement de la société d'acquêts que les biens réservés.

**259.** C'est ainsi que, plutôt que d'apparenter la participation aux acquêts de ces biens réservés, certains ont pu voir dans cette participation, un type particulier de communauté. C'est la thèse notamment soutenue par M. Boulanger<sup>529</sup> qui considérait que la participation aux acquêts n'était qu'un « régime de communauté avec administration séparée ». M. Ancel exposait, pour sa part, qu'il s'agissait d'une « communauté différée »<sup>530</sup>. La seule différence avec la communauté classique était alors une différence de mode d'administration. Pour M. Boulanger, la dissolution des deux régimes, de communauté et de participation, avaient pour même conséquence l'association des conjoints aux gains réalisés pendant le mariage. Mais, un problème fondamental se pose en regard de cette doctrine. Nous avons vu précédemment que l'élément fondamental et caractéristique du régime de communauté est l'existence d'une masse commune tout au long de l'union et ceci quelle que soit l'étendue de cette masse. Or, dans le cadre du régime de la participation aux acquêts, une telle masse n'existe pas. On ne peut donc pas qualifier ce régime de régime de communauté.

**260.** La participation aux acquêts a certainement des similitudes avec la communauté, on y retrouve ainsi le partage et la mise en commun à la fin du régime qui permettent de

---

<sup>527</sup> M. Mazeaud voyait dans la participation aux acquêts une généralisation des du régime des biens réservés, dans *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 173.

<sup>528</sup> Voir Spiteri Pierre, op.cit., n°211 p. 177.

<sup>529</sup> Boulanger Jean, dans Planiol Marcel et Ripert Georges, *Traité pratique de droit civil, Tome VIII, Les régimes matrimoniaux*, LGDJ, 1957, n°7-4 p. 24.

<sup>530</sup> *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 175.

reconnaître la contribution des deux conjoints. M. Ancel parlait alors d'un « régime de communauté en valeur »<sup>531</sup>. L'idée d'association et de partage commune à ces deux régimes n'est pas alors sans rappeler l'idée développée par le doyen Carbonnier<sup>532</sup> et reprise par M. Comtois<sup>533</sup>, selon laquelle la communauté serait une société. Le vocable québécois de « société d'acquêts » ne peut alors que faire penser à cette vision sociétale de la communauté, et rapprocher encore ces deux régimes, surtout lorsqu'on considère que la volonté du législateur québécois en 1970 était d'éviter d'utiliser le terme de « communauté », mal vu dans la société québécoise. M. Comtois va même jusqu'à dire que la société d'acquêts est directement issue de la communauté d'acquêts<sup>534</sup>.

**261.** Néanmoins, ce régime de société ou de participation aux acquêts peut également être comparé à un régime de la séparation de biens, en particulier en ce qui concerne le mode de gestion des biens. Dans le cadre de nos développements consacrés aux précisions terminologiques préliminaires, nous avons évoqué le régime de séparations de biens avec société d'acquêts. La société d'acquêts québécoise pourrait alors être vue comme une extension de la société d'acquêts française, étendue à tous les biens acquis pendant le mariage, à l'exception de ceux qui l'ont été par succession. Le fonctionnement de ces deux régimes, société d'acquêts québécoise et régime de séparation de biens avec ajout d'une société d'acquêts français, ne serait alors pas très éloigné, même si le partage de la société d'acquêts québécoise se fait en valeur alors que celui de la société d'acquêts française se fait en nature. Selon M. Spiteri<sup>535</sup>, il ne faut pas s'arrêter pour autant à cette comparaison, car le fonctionnement de cette forme de régime de séparation le rapproche plus de la communauté d'acquêts que de la participation aux acquêts, les notaires prévoyant une gestion des biens dans la société d'acquêts française similaire à la gestion qui existe dans le cadre de la communauté de biens. De plus, cette société d'acquêts française relevant de la seule pratique notariale et n'étant dans les faits que peu utilisée, il ne faut donc pas, selon cet auteur, la rapprocher de la participation aux acquêts.

**262.** En définitive, la participation aux acquêts française et la société d'acquêts québécoise se situent plutôt entre les régimes séparatistes et communautaires, séparatiste pendant le

---

<sup>531</sup> *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 176.

<sup>532</sup> Voir n°216.

<sup>533</sup> Comtois Roger, « Que reste-t'il de la société d'acquêts ? », (1994) 28 *R.J.T.* 397, p. 402.

<sup>534</sup> Comtois Roger, *op. cit.* p. 400.

<sup>535</sup> Voir Spiteri Pierre, *op.cit.*, n°216, p. 181.

mariage puisqu'elles laissent aux époux toute liberté de gérer leurs biens, et communautaire au moment de la dissolution avec le partage des gains obtenus pendant le mariage<sup>536</sup>. Ce sont des régimes *sui generis* puisque, étant au croisement de deux autres régimes, selon qu'ils sont plus ou moins proches de la communauté ou de la séparation. Malgré cette variation dans leur mode d'application, qu'elles soient dénommées participation aux acquêts ou sociétés d'acquêts, elles ont le même objectif que la communauté qui est de reconnaître la collaboration des deux époux pendant le mariage et de partager à sa dissolution l'enrichissement et les acquêts. La nature tantôt communautaire tantôt séparatiste ne vient pas remettre en cause cet objectif, même si elle peut avoir une influence sur le mode de fonctionnement de ces régimes.

*γ) La mise en œuvre de l'égalisation par ces deux régimes matrimoniaux*

**263.** Ces régimes donnent, d'une part, une grande liberté et indépendance aux époux et, d'autre part, permettent la reconnaissance de la participation des conjoints par le biais du partage des acquêts et de l'enrichissement.

➤ Liberté et protection au cours du régime

**264.** Comme il n'existe pas de masse commune, les biens appartiennent toujours à l'un des conjoints, voire aux deux en indivision, même si, en droit québécois, on distingue entre les biens propres et acquêts<sup>537</sup>. La liberté et l'indépendance se caractérisent alors par le fait que les époux ont une liberté quasi-totale sur ces biens pendant le mariage. Ainsi, l'article 461 du Code civil du Québec dispose que « chaque époux a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses propres et de ses acquêts ». En droit français, le Code civil fait même directement référence au régime de séparation<sup>538</sup> et l'article 1569 du Code civil français, qui prévoit la liberté d'administration, de jouissance et de libre disposition de chacun des époux sur leur bien propre et énonce expressément que « pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de séparation de biens ». La

---

<sup>536</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin 2001, n°758, p. 715.

<sup>537</sup> Voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°179 p. 57. Jarry Jocelyne, *Collection du droit 2013-2014, Volume 3 – Personnes, familles et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VIII – La société d'acquêts*, Ed. Yvon Blais, 2013, p. 391 et s.

<sup>538</sup> Voir Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°828, p. 683.

gestion des biens pendant le mariage est donc similaire dans les deux droits, et est marquée par la liberté des époux sur leurs biens. Mais, une telle liberté peut-elle être totale ? En effet, contrairement au régime de la séparation de biens, les régimes de participation et de société d'acquêts français et québécois ont pour objectif de mettre en œuvre un partage entre les conjoints de l'enrichissement acquis au cours du mariage et donc de reconnaître l'idée que le mariage est avant tout une association et non une simple cohabitation pécuniaire. Or si une totale liberté s'imagine lorsque les époux agissent chacun dans leur propre intérêt, celle-ci peut s'avérer problématique dans le cadre de la société et de la participation aux acquêts où un partage de l'enrichissement doit intervenir. Il est ainsi tout à fait possible que l'un des conjoints, voyant les relations du couple se dégrader, use de sa liberté de disposition pour vider son patrimoine et faire en sorte que son époux ne reçoive rien. La mise en œuvre effective de l'équilibre dynamique dans le cadre de ces régimes exige donc une limitation de la liberté totale des époux.

**265.** De telles limitations existent dans les deux droits. Il est nécessaire pour l'époux qui désire disposer d'un bien acquêt à titre gratuit entre vifs de demander l'autorisation de son conjoint<sup>539</sup>. S'il n'a pas donné son autorisation, le conjoint lésé peut mettre en œuvre en droit québécois<sup>540</sup> une action en nullité sur le fondement de l'article 447 du Code civil du Québec, le délai de prescription de cette action étant de trois ans<sup>541</sup>. Cet époux peut également demander la liquidation du régime matrimonial si l'application des règles de ce régime se révélait contraire à ses intérêts ou à ceux de sa famille<sup>542</sup>. Même si ce recours est rare, il pourrait tout à fait être envisagé lorsque l'un des époux dilapide ses biens pendant que l'autre fait des économies<sup>543</sup>. En droit français, en cas de défaut d'autorisation, on réunit fictivement les biens donnés au patrimoine existant<sup>544</sup>. Les aliénations frauduleuses et, parmi celles-ci, l'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdus, sont alors traitées sur le même pied que les donations entre vifs<sup>545</sup>. Cette protection est également renforcée par le fait que l'un des époux peut, de plus, demander une liquidation anticipée de sa créance de participation lorsque la conduite de son conjoint (ou la situation des affaires de celui-ci) peut constituer une

---

<sup>539</sup> Art. 462 al. 1<sup>er</sup> C.c.Q.

<sup>540</sup> Voir Lefebvre Brigitte, *Les régimes matrimoniaux, Contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Ed. Yvon Blais, 2011, p. 45 et s.

<sup>541</sup> Art. 2906 et 2925 C.c.Q.

<sup>542</sup> Art. 488 C.c.Q.

<sup>543</sup> Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°167, p. 54. Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 321.

<sup>544</sup> Art. 1573 C.civ.

<sup>545</sup> Art. 1573 C.civ.

menace pour ses intérêts<sup>546</sup> et par le fait que les conjoints ne peuvent céder leur créance de participation avant la dissolution du régime<sup>547</sup>.

**266.** Dans ces cas de liquidation anticipée, le conjoint se trouve donc protégé, et l'équilibre dynamique réalisé, du moins pour la période couverte. La même volonté de protection des conjoints et de mise en œuvre réelle du partage à la fin du régime anime donc ces deux régimes. Toutefois, si les législateurs poursuivent cette même idée de protection, ils n'ont pas pour autant prévu des règles similaires en matière de partage.

➤ Partage en fin de régime

**267.** C'est dans le cadre de l'étude de ce partage que sont plus largement visibles les différences entre les droits français et québécois et que l'on peut déceler si un régime se rapproche plus de la communauté ou de la séparation.

**268.** En droit français, la liquidation de la créance de participation nécessite la détermination et l'évaluation de deux patrimoines. Il est tout d'abord nécessaire de déterminer le patrimoine dit originaire. Font partie de ce patrimoine les biens appartenant à l'époux au jour du mariage, ceux qu'il a acquis depuis ce jour par succession et libéralité, « tous les biens qui ont un caractère personnel et tous les droits exclusivement attachés à la personne d'un époux, quand même ils ont été acquis pendant le mariage, à moins qu'ils ne donnent lieu, en régime de communauté à récompense »<sup>548</sup>, ainsi que les biens subrogés dans les biens précédemment cités. L'évaluation de ces biens se fait selon leur état au jour du mariage ou de leur acquisition et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé. Lorsque cette évaluation est faite, les dettes de chacun dont le patrimoine originaire était grevé, sont déduites<sup>549</sup> afin de déterminer la « fortune nette »<sup>550</sup> de l'époux.

---

<sup>546</sup> Art. 1580 C.civ., lorsque la dissolution du régime a été prononcée, les conjoints sont alors soumis à la séparation de corps judiciaire. Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Armand Colin, n°766, p. 723.

<sup>547</sup> Art. 1569 al. 2 C.civ.

<sup>548</sup> Art. 1570 al. 1<sup>er</sup> C.civ., voir Terré François et Simler Philippe, *op. cit.*, n°839 p. 691, Flour Jacques et Champenois Gérard, *op. cit.*, n°773 p. 730.

<sup>549</sup> Art. 1571 al. 2 C.civ. : « De l'actif originaire sont déduites les dettes dont il se trouvait grevé, réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469, troisième alinéa. Si le passif excède l'actif, cet excédant est fictivement réuni au patrimoine final ».

<sup>550</sup> Art. 1571 al. 2 C.civ. : « De l'actif originaire sont déduites les dettes dont il se trouvait grevé, réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469, troisième alinéa. Si le passif excède l'actif, cet excédant est fictivement réuni au patrimoine final ». Voir également Flour Jacques et Champenois Gérard, *op. cit.* n°783 p. 741.

**269.** Le patrimoine d'origine étant déterminé, il est ensuite nécessaire de déterminer le patrimoine final. Ce patrimoine contient tous les biens existants au jour de la liquidation que ces biens aient été acquis avant ou après le mariage et qu'ils fassent ou non partie du patrimoine d'origine. A ces biens sont ajoutés virtuellement ceux donnés sans autorisation ou aliénés frauduleusement, ainsi que nous avons déjà pu le voir. Ces biens sont évalués selon leur valeur au jour de la liquidation du régime matrimonial et de cette évaluation sont déduites les dettes non acquittées par les époux au jour de cette liquidation.

**270.** Il peut être intéressant de remarquer que dans le cas de ces deux évaluations, le Code civil français permet au tribunal de demander aux parties de déroger aux règles d'évaluation si celles-ci devaient amener à un résultat manifestement contraire à l'équité<sup>551</sup>. Le juge retrouve alors son pouvoir d'équité subjectif, lié aux circonstances de l'affaire en vertu d'une autorisation légale<sup>552</sup>. Si l'équité doit amener à un partage de l'enrichissement entre conjoints, le calcul de cet enrichissement ne doit en effet pas se faire au détriment de l'un des conjoints.

**271.** Lorsque ces deux patrimoines sont déterminés pour chacun des conjoints, le calcul de la créance de participation se fait par la détermination du bilan individuel de chacun des époux en soustrayant le patrimoine d'origine du patrimoine final. Si le résultat est négatif, il sera alors considéré comme étant égal à zéro, la participation concernant l'enrichissement et non l'appauvrissement. Lorsque les deux bilans individuels sont faits, on détermine lequel des deux s'est le plus enrichi et l'époux qui s'est le moins enrichi a alors une créance de participation à son encontre égale à (bilan de l'époux le plus riche – bilan de l'époux le moins riche) divisé par 2.

**272.** Le calcul ne s'effectue pas de la même façon dans le cadre de la société d'acquêts québécoise et c'est à cette occasion nous fait remarquer M. Comtois qu'il est possible de voir un certain lien de filiation entre la société d'acquêts québécoise et la communauté d'acquêts<sup>553</sup>. On ne détermine pas au Québec de patrimoine d'origine et de patrimoine final pour chacun des deux conjoints, mais on différencie deux masses de biens dans chacun des

---

<sup>551</sup> Art. 1579 C.civ.

<sup>552</sup> Albiges Christophe, « L'équité », *Rép. Civ. Dalloz*, avril 2003, p. 4.

<sup>553</sup> Comtois Roger, « Que reste-t'il de la société d'acquêts ? », (1994) 28 *R.J.T.* 397, p. 400.

patrimoines de ces époux : les propres et les acquêts<sup>554</sup>. Après détermination de ces quatre masses (deux masses de propres, une pour chaque conjoint et deux masses d'acquêts) on calcule de possibles comptes de récompenses (de même que dans le cadre de la communauté) entre les propres et les acquêts puis on calcule la valeur nette des acquêts en soustrayant les dettes toujours existantes. Ces calculs étant faits, chacun des époux a une créance à l'encontre de l'autre égale à la moitié de la valeur des acquêts de son conjoint.

**273.** La similitude entre la société d'acquêts québécoise et la communauté réduite aux acquêts française se retrouve, dans un premier temps, lors de la détermination finale des masses de biens à partager même s'il est certain que contrairement à la communauté de biens il n'y pas trois masses de biens, deux de propres et une de communauté, mais quatre dans la société d'acquêts : deux de propres et deux d'acquêts (une pour chaque conjoint). Sont considérés comme propres : les biens dont les époux étaient propriétaires au moment du mariage, les biens acquis par succession pendant le mariage, les biens acquis en subrogation de ceux-ci ou encore les vêtements, le linge, les papiers personnels, et même les instruments de travail nécessaires à l'exercice de la profession<sup>555</sup>. Quant aux acquêts, ils comprennent tous les biens qui n'ont pas été déterminés comme des propres<sup>556</sup>. On retrouve ainsi la même présomption d'acquêts que dans le cadre de la communauté d'acquêts française<sup>557</sup>. Néanmoins, et plus précisément, le Code civil du Québec prévoit expressément que sont considérés comme acquêts le produit du travail des conjoints pendant le mariage, les fruits et revenus provenant des biens propres et acquêts (à condition que, si ces biens ont été acquis par donation ou succession, il n'ait pas été stipulé que ces fruits sont des propres)<sup>558</sup> ou encore les biens acquis avec ces acquêts. Ce partage par masse de propres et d'acquêts et les règles de détermination de la nature d'un bien ne sont donc pas sans rappeler celui de la communauté réduite aux acquêts française.

---

<sup>554</sup> Voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°179 et s., p. 57 et s. ; Jarry Jocelyne, *Collection du droit 2013-2014, Volume 3 – Personnes, familles et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VIII – La société d'acquêts*, Ed. Yvon Blais, 2013 p. 391.

<sup>555</sup> Voir les articles 450, 451, 452, 453 et 454 du Code civil du Québec ainsi que Lefrançois Guy et Roy Alain, *op. cit.*, n°186, p. 60 et s., Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 159 et s. Lefebvre Brigitte, *op. cit.*, p. 181 et s.

<sup>556</sup> Art. 459 C.c.Q.

<sup>557</sup> Article 1402 du Code civil français.

<sup>558</sup> Art. 449 et s. C.c.Q., voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *op. cit.*, n°182, p. 57 et s., Tétrault Michel, *op. cit.*, p. 160 et s.



**274.** Ce rapprochement était encore renforcé par le fait qu'il a pu paraître que les époux québécois n'avaient pas un simple droit de créance mais un véritable droit de propriété sur les acquêts de leur conjoint. La question de la nature du droit du conjoint dans le cadre de la liquidation du régime de la société d'acquêts s'est posée jusqu'en 1989. Avant cette date, il avait été soutenu que le partage devait se faire en valeur, ce qui simplifiait, selon eux, la liquidation du régime<sup>559</sup>. Pour d'autres auteurs, en revanche, le partage devait se faire en nature et cela résultait, en particulier, du fait que l'un des époux doit obtenir l'accord de l'autre pour faire une donation. Il y avait une sorte d'indivision entre les époux sur les acquêts, indivision reconnue par les notaires avant le partage<sup>560</sup>. Depuis la réforme de 1989<sup>561</sup>, l'article 481 du Code civil du Québec<sup>562</sup> prévoit que « Le règlement des récompenses effectué, on établit la valeur nette de la masse des acquêts et cette valeur est partagée, par moitié, entre les époux. L'époux titulaire du patrimoine peut payer à son conjoint la part qui lui revient en numéraire ou par dation en paiement ». La question est donc désormais tranchée et le partage se fait en valeur, ce qui distingue aujourd'hui la société d'acquêts de la communauté réduite aux acquêts.

**275.** Quel que soit le mode de calcul et de détermination des masses partageables, ces deux régimes de société d'acquêts au Québec et de participation aux acquêts en France, permettent un partage parfait entre les conjoints de l'enrichissement dont chacun a bénéficié et une réalisation complète d'un équilibre dynamique. Ils sont aussi les meilleurs moyens de mettre en œuvre l'idée d'association et de collaboration commune qui sont à la base du mariage. Ces régimes peuvent apparaître comme une version moderne de l'esprit associatif du mariage et de la reconnaissance de la contribution de chacun que l'on retrouvait déjà dans le cadre de la *tertia collaborationis*, les communautés étant la version plus ancienne et plus traditionnelle. La société d'acquêts québécoise n'est d'ailleurs pas sans rappeler le régime de la communauté réduite aux acquêts et le lien de filiation entre ces deux régimes nous paraît certain. La société aux acquêts québécoise et la participation aux acquêts française seraient alors la version moderne des régimes de communautés et permettraient aujourd'hui la mise en œuvre d'un objectif double : préserver la liberté des conjoints tout en mettant en place un partage de biens ou d'enrichissement entre eux, partage conforme à la vision d'association et de collaboration

---

<sup>559</sup> Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 217.

<sup>560</sup> Comtois Roger, *op. cit.*, p. 407.

<sup>561</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55.

<sup>562</sup> Nouvelle numérotation de l'article 514 depuis le nouveau Code civil du Québec.

du mariage et à l'équilibre et l'équité auxquelles aspire la société. Elles permettent ainsi un compromis<sup>563</sup> entre régimes communautaires et séparatistes.

**276.** Les deux droits, français et québécois, ont donc choisi comme régime légal des régimes favorisant le partage entre les conjoints. Tous deux reconnaissent ainsi le caractère associatif du mariage et par le mécanisme de partage, généralement égal, redistribuent les biens entre les époux en prenant en compte le fait que tous deux ont participé à l'enrichissement et au développement de la famille. Toutefois, ces régimes ne sont pas obligatoires et les époux peuvent choisir un régime moins égalitariste même s'il a pu être soutenu que la séparation de biens pouvait permettre d'atteindre l'équilibre.

## 2. *L'équilibre dans la séparation ?*

**277.** La séparation a pu paraître, pour certains, comme un régime idéal (a), mais face aux iniquités qu'il pouvait mettre en œuvre, des correctifs ont progressivement été mis en œuvre (b).

### a. *La séparation de biens : un régime idéal ?*

**278.** La notion d'équilibre dans la séparation de biens peut paraître paradoxale. En effet ce régime ne mettant en œuvre aucun partage entre les patrimoines des deux conjoints, il peut sembler étonnant qu'il puisse réaliser un équilibre entre eux et faire en sorte que les époux bénéficient équitablement des enrichissements de l'un et de l'autre en raison de leur travail commun. Dans les faits, si équilibre il doit y avoir, il ne se fait pas par le biais du régime matrimonial en tant que tel, mais plutôt en vertu de la loi du marché et par le fait que les époux, ayant les mêmes capacités économiques, peuvent bénéficier du même enrichissement. Ce sont alors les lois économiques qui vont favoriser l'émergence d'un véritable équilibre dynamique et une véritable égalisation économique des conjoints. L'idée de reconnaissance du travail fourni par les deux conjoints au cours du mariage et de partage est totalement étrangère à ce système, qui d'ailleurs peut poser un certain nombre de problèmes.

**279.** Un tel système peut paraître au premier abord très attrayant lorsque l'égalité économique est parfaite, et qu'il est considéré comme un régime d'une grande simplicité. Ce

---

<sup>563</sup> Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n°34 p. 18.

régime qui date de l'empire romain, a même pu être considéré comme une « absence de régime »<sup>564</sup>. Il est caractérisé par une totale liberté des époux, chacun administrant, gérant et obligeant ses biens et ses revenus comme il le désire et ne devant rien à l'autre au moment de la dissolution<sup>565</sup>.

**280.** C'est certainement cette simplicité et cette liberté qui ont fait que ce système a eu un grand succès dans le public et en particulier au Québec. Différentes raisons l'expliquaient. La première était que, dans la lignée des mouvements féministes de cette époque, les femmes qui souhaitaient une plus grande indépendance et une égalité avec les hommes ne pouvaient trouver une telle égalité que dans le cadre de ce régime de séparation<sup>566</sup>. La seconde était que l'on considérait que ce système était le plus simple et c'était d'ailleurs celui qui était soutenu par les notaires<sup>567</sup>. Ce régime séparatiste était également conseillé dans le cadre des cours de préparation au mariage qui étaient très suivis par les futurs époux<sup>568</sup>. De même, la séparation de biens permettant également une séparation des dettes, elle peut s'avérer très avantageuse pour les conjoints, en particulier lorsque ces conjoints sont commerçants<sup>569</sup>. Le succès de ce régime dans l'opinion publique eut d'ailleurs pour conséquence, comme nous l'avons vu, que lors des discussions relatives à la réforme du droit des régimes matrimoniaux au Québec, la question s'est posée de l'adoption de la séparation de biens comme régime légal. En France, le régime de séparation avait aussi des adeptes et, à l'instar du Québec, la question s'est posée de l'adoption de ce régime comme régime légal. Dans le cadre des travaux de la Commission de réforme du Code civil en France, deux des membres de la commission avaient en effet voté

---

<sup>564</sup> Savatier René, « L'évolution du régime de séparation de biens », *Rev. crit. législ. et jur.* 1937, p. 48. Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Presses de l'Université Laval, 2005, p. 162.

<sup>565</sup> Voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série*, 2000, n°172, p. 55 ; Lefebvre Brigitte, *Les régimes matrimoniaux, Contrats de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Ed. Yvon Blais, 2011, p. 30. Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°775 p. 623. Cossette André, « L'absence de régime matrimonial de biens dans un pays de droit civil ou la rencontre de deux cultures juridiques », (1984) 87 *R. du N.* 107, p. 115.

<sup>566</sup> Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que les féministes françaises avaient demandé l'adoption de ce régime comme régime légal du début du XX<sup>ème</sup> siècle à la veille de la seconde guerre mondiale, Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°802, p. 314.

<sup>567</sup> Voir Comtois Roger, « Pourquoi la société d'acquêts », (1967) 27 *R. du B.* 602, p. 611. Baudouin Louis, « A propos de la réforme des régimes matrimoniaux en droit québécois », dans *Lois Nouvelles II, La réforme des régimes matrimoniaux, L'obligation alimentaire entre époux séparés de ou divorcés, la copropriété des immeubles*, Ed. Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 10.

<sup>568</sup> Therrien Marie-Hélène, « Situation économique de la femme mariée au fil des trois dernières réformes législatives au Québec », (1994) 2 *R.E.J.* 155, p. 161.

<sup>569</sup> Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Ed. Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964, p. 315 et s.

pour cette séparation et l'avaient défendue comme possible régime légal<sup>570</sup>. Ce régime de la séparation de biens connaît de nouveau un regain d'intérêt dans la société française depuis une vingtaine d'années et en 2010, 15 % des couples qui s'étaient formés depuis moins de 12 ans et étaient mariés avaient opté pour ce régime, contre 10 % en 1992<sup>571</sup>. Cette augmentation peut s'expliquer tant par le risque de divorce qui pèse de plus en plus sur les époux, que par l'âge plus élevé des nouveaux mariés qui détiennent déjà un nombre important de biens lors de leur mariage, biens qu'ils souhaitent protéger. Mais si la société accepte de nouveau le régime de la séparation, la communauté juridique est loin de l'adopter comme régime légal.

**281.** Dans les deux pays, si l'adoption du régime de séparation de biens comme régime légal a été envisagée, elle a été aussi vite rejetée, et ceci pour deux grandes raisons. La première est que la simplicité du régime de séparation de biens n'est en réalité que prétendue. En effet, un problème technique se pose quant à la preuve de l'appartenance d'un bien à un époux. Les époux vivant en communauté, il n'est pas toujours simple de déterminer l'origine des fonds ayant permis l'acquisition d'un bien, celui-ci étant alors considéré comme acquis en indivision<sup>572</sup>. Au cours du mariage, à défaut de masse commune comme dans le régime de communauté, va se créer une masse de biens dont le partage n'est guère différent de celui de la communauté, a les mêmes conséquences, et présente les mêmes problèmes. MM. Caparros et Morisset considéraient même que la liquidation d'un tel régime était encore plus difficile puisqu'elle n'avait pas été prévue par les époux, ce qui est en revanche le cas dans le cadre du régime de communauté<sup>573</sup>.

**282.** A côté de ce problème technique se pose un problème d'une autre importance, celui de la justice sociale et de l'absence de reconnaissance du travail fourni par les deux conjoints, en particulier lorsque le travail de l'un des deux est essentiellement un travail domestique. En effet, le régime de séparation de biens repose sur le présupposé qu'il y a une égalité entre les conjoints tant dans le mariage qu'en dehors de celui-ci, et en particulier dans la société. Si on

---

<sup>570</sup> *Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey, p. 170 et s., voir par exemple M. Lapanouse.

<sup>571</sup> Frémeaux Nicolas et Leturcq Marion, « Plus ou moins mariés : l'évolution des régimes matrimoniaux en France », *Economie et statistiques* 2013 n° 462-463, p. 127.

<sup>572</sup> Voir Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, 2015, n°782 et s, p. 631 et s. Brière Germain, « L'épouse et l'administration des biens », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil (I)*, PUM, 1970, p. 215, et plus particulièrement p. 216. Pineau Jean et Burman Danielle, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Thémis, 1984, p. 12.

<sup>573</sup> Caparros Ernest et Morisset Robert, *Réflexions sur le rapport du comité des régimes matrimoniaux : mémoire soumis à l'Office de révision du Code civil*, Québec, 1967 p. 142.

peut espérer une telle égalité, cela n'est toutefois pas le cas dans la réalité et, encore aujourd'hui, un nombre important de femmes soit ne travaillent pas, soit ont un travail à mi-temps ou mal rémunéré<sup>574</sup>. Dans ce genre de cas, l'équilibre économique ne se fait pas et, au contraire, des iniquités peuvent même se dessiner. C'est en particulier ce qui se passe lorsque l'épouse (puisque'il s'agit généralement d'elle) travaille bénévolement pour son mari et permet à celui-ci de s'enrichir. Il en est de même lorsque l'épouse, demeure au foyer permettant ainsi à son conjoint de poursuivre sa carrière professionnelle dans les meilleures conditions. L'épouse qui a travaillé pour son mari, n'a accumulé aucun bien personnellement et quand bien même celui-ci bénéficierait de l'enrichissement qu'elle a pu lui apporter, elle ne peut demander aucun partage. Le travail qu'elle a pu fournir, domestique ou bénévole, n'est pas reconnu par les règles du jeu économique.

**283.** Le régime de séparation de biens peut alors apparaître comme un régime qui « maltraite » les femmes<sup>575</sup>. S'il peut être bénéfique, par exemple, dans le cas d'époux commerçants<sup>576</sup>, il peut en revanche être catastrophique pour l'épouse qui ne travaille pas. Il est, à ce titre, étonnant que la Fédération des femmes du Québec<sup>577</sup> ait soutenu un tel système qui, bien que donnant à la femme sa liberté, la prive de toute équité économique. De plus, ce régime ne correspond pas à la philosophie même du mariage qui implique en tant que tel une association et une solidarité<sup>578</sup>. MM. Malaurie et Aynès voient dans ce régime un mélange de défiance et d'égoïsme de la part des conjoints<sup>579</sup>. Ce régime, contrairement aux régimes de communauté ou de participation aux acquêts, en France, et de société d'acquêts, au Québec, étudiées précédemment, rejette toute reconnaissance de l'investissement fait par les deux époux et ne fait prévaloir que l'époux qui, dans le couple, a la supériorité économique au détriment de celui dont le travail n'a pas été reconnu comme ayant une telle valeur économique.

**284.** Le régime de la séparation de biens semble donc aller à l'encontre du principe d'équilibre dynamique et de la volonté de collaboration, de partage et d'égalisation dans le

---

<sup>574</sup> Voir n°517

<sup>575</sup> Caparros Ernest et Morisset Robert, *op. cit.*, p. 141.

<sup>576</sup> Simler Philippe, « Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », *Dr. Famille H.S.* Décembre 2000, p. 30.

<sup>577</sup> Comtois Roger, *op. cit.*, p. 608.

<sup>578</sup> Voir Foyer Jean au cours des débats parlementaires du 26 juin 1965, J.O. A.N., *débats parlementaires*, 2<sup>ème</sup> session 1964-1965, p. 2585.

<sup>579</sup> Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n°803 p. 316 et s.

mariage et dans les rapports patrimoniaux entre époux. Il a amené le plus souvent à des injustices et des correctifs ont été mis en œuvre en droit français et québécois pour permettre une certaine redistribution entre les conjoints et une certaine équité.

*b. Des correctifs pour plus d'équité au sein du régime de séparation de biens ?*

**285.** Deux correctifs sont susceptibles de faire en sorte qu'il y ait plus d'équité au sein de ce régime : les donations entre conjoints ( $\alpha$ ) et les clauses de société d'acquêts en France ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) Les donations entre conjoints*

**286.** Un des correctifs à la rigidité du régime de séparation de biens est la stipulation de donations entre conjoints dans le cadre du contrat de mariage<sup>580</sup>. C'est le correctif qui était généralement utilisé au Québec et, avant 1970<sup>581</sup>, les clauses de donations entre conjoints étaient fréquentes dans les contrats de mariage. Par ces donations, le mari donnait le plus souvent à sa femme les biens meubles affectés à l'usage du ménage, bien présents au moment du mariage ou à venir. Néanmoins depuis la réforme des régimes matrimoniaux du 1<sup>er</sup> juillet 1970, ce genre de clauses est moins fréquent. En effet, la prohibition des donations entre conjoints qui prévalait jusqu'à cette date a été abrogée et les époux ont tendance à privilégier les donations entre conjoints au fur et à mesure du mariage. De plus, la possibilité désormais ouverte aux conjoints de modifier librement leur contrat de mariage a pour conséquence que ces donations peuvent être revues, voire être remises en cause par les conjoints en cours d'union.

**287.** Ces donations entre conjoints, par contrat ou hors contrat de mariage, apparaissent comme un palliatif à la rigidité de la séparation de biens ceci d'autant plus qu'avec les donations au cours du mariage, il est possible de penser que les conjoints adaptent au fur et à mesure leur régime matrimonial, reconnaissant ainsi la participation de celui qui n'amène pas d'argent et évitant les iniquités du régime de séparation. Mais il faut pour cela que les conjoints pensent à se faire des donations et qu'ils soient d'accord pour le faire. L'atténuation dépend donc largement de la volonté des deux parties et, en particulier, du conjoint le plus

---

<sup>580</sup> Brière Germain, « L'épouse et l'administration des biens », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil (I)*, PUM, 1970, p. 215, et plus particulièrement p. 218.

<sup>581</sup> Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, Wilson & Lafleur, 1988, n°434 p. 283. Roy Alain, *Le contrat de mariage réinventé, Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Thémis, 2002, p. 79 et s.

riche de reconnaître la contribution du conjoint défavorisé. De plus, même si les conjoints ont pu prévoir une donation en faveur de l'époux le moins riche, celle-ci est rarement d'un montant équivalent à ce que cet époux aurait reçu par le biais de la créance dans le cadre de la participation aux acquêts ou de la société d'acquêts ou encore du partage des biens dans le régime de la communauté. Le conjoint appauvri est alors défavorisé et on ne peut dire qu'il y a en l'occurrence une véritable volonté de partage et d'association entre les conjoints.

**288.** Enfin, si dans certains cas, ces donations peuvent être utiles pour l'épouse qui n'a pas beaucoup de moyens, il n'en demeure pas moins que ces donations font figure de cadeaux et ne lui reconnaissent pas son rôle de partenaire dans la société conjugale<sup>582</sup>. Ils ne font pas de ce régime de séparation une véritable association. La clause française de société d'acquêts permet peut-être une reconnaissance plus importante de cette société conjugale.

*β) L'adjonction française d'une société d'acquêts*

**289.** Alors que les notaires québécois intègrent des clauses de donations en faveur généralement de la conjointe dans le cadre de contrat de mariage de séparation de biens, les notaires français utilisent, pour leur part, l'adjonction d'une société d'acquêts à la séparation de bien<sup>583</sup>.

**290.** Ainsi que nous l'avons fait remarquer<sup>584</sup>, il est nécessaire de distinguer cette société d'acquêts française de la société d'acquêts québécoise. Alors que la société d'acquêts québécoise est un régime matrimonial en tant que tel, la clause d'adjonction de la société d'acquêts française est une clause permettant d'adjoindre à la séparation de biens une société d'acquêts comprenant un certain nombre de biens ou d'économies soumis au régime de communauté<sup>585</sup>. On distingue alors deux types de société d'acquêts en fonction de leur étendue. Le premier recouvre les sociétés d'acquêts « traditionnelles » voire « à titre

---

<sup>582</sup> Roy Alain, *op. cit.*, p. 81, Comtois Roger, « Pourquoi la société d'acquêts ? », (1967) *R. du. B.* 602, p. 609-610.

<sup>583</sup> Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°814 et s., p. 664 et s.

<sup>584</sup> Voir n°243

<sup>585</sup> Pour une comparaison de la société d'acquêts et la communauté d'acquêts voir Libchaber Rémy, « Les incertitudes de la notion de communauté », dans les *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Ed. Defrénois, 2012, p. 583.

universel » selon le Professeur Simler<sup>586</sup>, qui englobe une catégorie générique de biens, par exemple tous les biens meubles acquis pendant le mariage, voire également les biens immeubles acquis pendant l'union. Dans ce dernier cas où tous les biens acquis pendant le mariage, meubles ou immeubles, sont inclus dans la société d'acquêts, celle-ci constitue alors une véritable communauté réduite aux acquêts. Historiquement, avant la loi de 1965, une telle société avait pour intérêt de permettre à la femme mariée de pouvoir gérer de façon autonome ses biens personnels, alors que les régimes de communautés ne lui en laissait que la nue propriété. Aujourd'hui, elle n'aurait plus d'intérêt et devrait même être requalifiée en communauté réduite aux acquêts. La seconde catégorie, plus moderne, de société d'acquêts, est la société d'acquêts « à titre particulier » qui recouvre un ou plusieurs biens déterminés.

**291.** L'adjonction d'une telle société d'acquêts à la séparation de biens permet de distinguer, d'une part, des biens propres aux époux et donc laissés à leur libre disposition et, d'autre part, des biens, les acquêts, inclus dans cette société, qui sont soumis aux mêmes règles de gestion et de partage que les biens communs dans un régime communautaire<sup>587</sup>. Cette société d'acquêts en droit français permet ainsi à l'épouse de pouvoir participer à l'enrichissement du couple à la dissolution du mariage

**292.** Certains, néanmoins, ont envisagé la disparition de la séparation de biens avec adjonction d'acquêts<sup>588</sup>. Ce n'est cependant pas ce que l'on a pu constater depuis une trentaine d'années. On a plutôt assisté à une transformation. En effet si la société d'acquêts dans sa version « traditionnelle » tend à disparaître, sa version plus moderne est aujourd'hui privilégiée par les notaires et tend à se développer. Elle permet de s'adapter à la situation des époux et à mettre en place les « îlots » de communauté<sup>589</sup> nécessaires aux conjoints au sein de la séparation de biens et peut ainsi permettre d'avantager un conjoint en cas de décès de l'autre<sup>590</sup>. La grande liberté laissée aux époux pour déterminer son périmètre, lui donne la possibilité de s'adapter à la géométrie variable et moderne du couple. Elle apparaît alors comme un moyen moderne de limiter les injustices économiques que peut entraîner la

---

<sup>586</sup> Simler Philippe, « Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Rép. Def.* 2012, p. 1259.

<sup>587</sup> Pour plus de détails quant à la gestion de cette société d'acquêts adjointe à une séparation de biens voir Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, 2001, n°752 et s., p. 710 et s.

<sup>588</sup> Fillette Jean-Luc, « A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec sociétés d'acquêts », *Rép. Def.* 1996, Art. 36369 p. 897.

<sup>589</sup> Vareille Bernard, « Le choix de la société d'acquêts », *Def.* Décembre 2012, Editorial.

<sup>590</sup> Champenois Gérard et Combet Jacques, « Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux », *Rép. Def.* 2012, p. 1247.



séparation de biens et devient d'autant plus nécessaire que depuis le début des années 1990 de plus en plus d'époux français adoptent la séparation de biens comme régime matrimonial<sup>591</sup>.

**293.** Traditionnellement, les époux ont donc la possibilité de choisir un régime matrimonial plus ou moins égalitariste. Le choix de régime matrimonial sera fondamental au moment du divorce et reflètera alors de façon plus ou moins complète de la collaboration économique des conjoints et de leur égalité. Toutefois, si les droits étudiés ont adopté comme régimes légaux les régimes égalitaristes que sont la communauté d'acquêts et la société d'acquêts, les époux restent libres d'adopter un régime moins égalitariste, le régime de la séparation de biens.

**294.** C'est ainsi que, malgré l'adoption de la société d'acquêts comme régime légal au Québec en 1969, en 1984 encore 38,53% des nouveaux époux québécois adoptaient le régime de séparation et 52,93% de la totalité des couples mariés entre 1971 et 1984 étaient mariés sous ce régime<sup>592</sup>. Même si le nombre de couples adoptant ce type de régime allait décroissant, il n'en restait pas moins qu'un nombre important d'époux, ou plutôt d'épouses, ne bénéficiait pas de la protection et de l'égalisation mise en place dans le cadre du régime de société d'acquêts. Cette influence encore forte des régimes de séparation s'expliquerait, selon M. Pineau, par le fait que les notaires ont, dans un premier temps, été réticents à recommander le régime de société d'acquêts aux conjoints et ont continué de privilégier la séparation de biens<sup>593</sup>.

**295.** Les inégalités entre les époux demeurant alors persistantes, le législateur québécois aurait pu rester passif. Au nom de l'équité, il a alors choisi d'imposer le patrimoine familial qui oblige les époux à partager un nombre important de leurs biens au moment du divorce.

## **§ 2. L'ÉGALISATION IMPOSÉE AU NOM DE L'ÉQUITÉ : LE PATRIMOINE FAMILIAL**

**296.** En 1989<sup>594</sup>, le législateur québécois a institué un système nouveau au Québec : le patrimoine familial<sup>595</sup>. Ce patrimoine familial, obligatoire pour tous les couples vivant au

---

<sup>591</sup> Frémeaux Nicolas et Leturcq Marion, « Plus ou moins mariés : l'évolution des régimes matrimoniaux en France », *Economie et statistiques* 2013 n° 462-463, p. 128.

<sup>592</sup> Cossette André, « Statistiques sur les régimes matrimoniaux », (1986) 89 *R. du N.* 242.

<sup>593</sup> Pineau Jean, « La protection des conjoints : conventions matrimoniales ou sociétés à parts égales », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Yvon Blais, 1991, p. 109, plus particulièrement p. 118.

<sup>594</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, dite « Loi 146 » ou « Projet de Loi 146 ».

Québec, permet, à la dissolution du mariage, le partage à égalité entre les époux de la valeur d'un certain nombre de biens. Jusqu'à présent nous avons pu remarquer que les époux étaient libres de choisir ou non un régime matrimonial susceptible de mettre en place un partage équitable des biens ou de l'enrichissement accumulé pendant le mariage. En effet, bien que les législateurs français et québécois aient opté tous deux pour un régime légal de partage et de reconnaissance de la contribution des deux conjoints, les époux avaient la liberté d'écarter ces régimes par le biais d'une convention et pouvaient alors adopter un régime conventionnel de séparations de biens. Les législateurs se limitaient à suggérer un régime de partage mais ne l'imposaient pas<sup>596</sup>. Avec l'institution de ce patrimoine familial au Québec, on assiste à un changement total de philosophie. La liberté d'effectuer ou non un tel partage n'est plus facultative mais au contraire, et toujours aujourd'hui<sup>597</sup>, obligatoire. Ce patrimoine et son partage s'imposent donc à tous les conjoints quel que soit leur régime matrimonial. En raison de sa nouveauté, nous nous interrogerons sur sa nature (A) avant de nous intéresser à son organisation (B).

### **A. Origines et nature du patrimoine familial**

**297.**Après l'étude de l'adoption et des origines de ce patrimoine familial (1), nous analyserons la nature possible de celui-ci (2).

#### *1. Adoption et origines de ce patrimoine*

**298.**Différents facteurs sont à l'origine de l'adoption du patrimoine familial<sup>598</sup>. Un mouvement tant jurisprudentiel que doctrinal et politique allait dans le sens de l'insertion en droit québécois d'un système permettant de pallier aux injustices engendrées par le régime de séparation, régime alors largement adopté au Québec, en particulier dans le cas où seul l'un des époux occupait un emploi rémunéré et qu'il était alors le seul à obtenir des biens au

---

<sup>595</sup> Voir cependant n°321 nos commentaires à propos des dispositions transitoires, les époux mariés avant l'entrée en vigueur de la Loi ayant en effet la possibilité de s'exclure de l'application de ce régime.

<sup>596</sup> Pineau Jean, « La protection des conjoints : conventions matrimoniales ou sociétés à parts égales », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Ed. Yvon Blais, 1991, p. 109, plus particulièrement p. 111.

<sup>597</sup> Nous verrons que ce caractère obligatoire pourrait toutefois être remise en cause si les propositions du Comité consultatif sur le droit de la famille présidé par Alain Roy étaient adoptées par le législateur québécois, Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015.

<sup>598</sup> Pour un historique de la Loi 146 voir Burman Danielle et Pineau Jean, *Le patrimoine familial (projet de Loi 146)*, Thémis 1991, p. 1 et s.

moment de la dissolution du régime. Dès la fin des années soixante-dix, les juges québécois avaient en effet reconnu leur incapacité à remettre en cause le partage des biens entre les époux tel qu'il était prévu par le régime matrimonial des conjoints et ceci même si ce partage, ou plus généralement son absence, pouvait s'avérer parfaitement inéquitable pour l'un des conjoints et conduisait à lui refuser toute reconnaissance pour la collaboration et le travail qu'il avait pu fournir et qui avait permis à la famille de s'enrichir au même titre que les revenus de son époux<sup>599</sup>.

**299.** Ainsi et malgré l'adoption en 1980 de la prestation compensatoire québécoise qui a permis de compenser l'enrichissement dont a bénéficié un conjoint en raison de l'apport fourni à son profit par l'autre pendant le mariage, de nombreux époux, ou plutôt épouses, se trouvaient sans patrimoine à la dissolution de leur mariage, la jurisprudence interprétant très strictement les conditions d'octroi de cette prestation<sup>600</sup>. De plus, en édictant la caducité des donations entre époux faites à cause de mort (ce qui était le cas de la majorité des donations faites dans le cadre des contrats de mariage instaurant une séparation de biens) en cas de divorce, le législateur, en 1980, avait également mis à néant les efforts de la pratique pour pallier aux injustices du régime de séparation. L'insertion de telles donations dans le contrat de mariage n'avait plus aucun intérêt en cas de divorce et l'époux qui aurait dû en bénéficier, se retrouvait sans moyen et sans reconnaissance pour sa collaboration<sup>601</sup>.

**300.** Certains auteurs faisaient valoir la nécessité de regarder le système des *family assets* des provinces anglophones, et plus particulièrement celui de l'Ontario qui paraissait être la technique idéale pour opérer un partage égalitaire des biens entre les conjoints<sup>602</sup>. Le gouvernement en place, qui avait promis au cours de sa campagne électorale de se charger des « droits économiques du conjoint », voyait arriver une nouvelle échéance électorale sans que sa promesse ne soit remplie<sup>603</sup>. La possibilité d'adopter une réserve héréditaire<sup>604</sup> au profit du

---

<sup>599</sup> Voir entre autres *Lévesques c. Faguy*, (1978) C.A. 376, voir également Ciotola Pierre, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) *C.P. de N.* 21, p. 24 et s.

<sup>600</sup> Voir en particulier *Poirier c. Globensky*, *Droit de la Famille* – 67, [1985] C.A. 135 à 155. Voir aussi Ciotola Pierre, *op. cit.*, p. 25, Roy Alain, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) *C. de D.* 657, p. 663, Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 124.

<sup>601</sup> Voir Sénécal Jean-Pierre, « La réforme québécoise instituant le patrimoine familial : la recherche d'un nouvel équilibre », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Ed. Yvon Blais, 1991, p. 129, plus particulièrement p. 133.

<sup>602</sup> Voir Ciotola Pierre, *op. cit.*, n°9 p. 26, Pineau Jean, *op. cit.* p. 120.

<sup>603</sup> Caparros Ernest, « Le patrimoine familial : une qualification difficile », (1994) *R.G.D.* 251, p. 253.

conjoint survivant au Québec avait été rejetée en raison de l'opposition du Barreau du Québec<sup>605</sup> et le gouvernement<sup>606</sup> s'inspira alors du rapport de ce même Barreau<sup>607</sup> qui proposait comme piste de travail un « régime primaire élargi », qui fut repris sous la dénomination de patrimoine familial. Ce projet était largement soutenu par les groupements féministes et le « régime primaire élargi » était lui-même issu du projet proposé par le groupe « Projet-Partage », un groupe d'avocates dirigées par Mme Grassby<sup>608</sup>. Lors de la commission parlementaire, les organismes et groupes qui y ont participé se déclarèrent favorables à la politique gouvernementale et le projet de loi 146 a été déposé. Il était alors présenté par le ministre de la justice comme un projet ayant « pour but de favoriser l'égalité économique entre les époux et de marquer le caractère d'association lié au mariage »<sup>609</sup>. Le ministre montrait ainsi la volonté d'équité qui est sous-jacente à ce patrimoine familial ainsi que la possibilité d'indemniser l'un des époux pour la contribution qu'il a pu fournir dans le cadre de l'association conjugale. Après quarante jours de discussions intenses tant dans le public que dans la communauté juridique et de débats houleux à l'assemblée nationale<sup>610</sup>, le projet fut adopté et la Loi 146 et le patrimoine familial entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1989.

**301.** Son adoption fut applaudie par certains mais aussi largement critiquée par d'autres<sup>611</sup>. La doctrine se réjouissant de l'adoption de ce patrimoine y voyait en effet la reconnaissance de la justice au sein de la famille et la protection de celle-ci<sup>612</sup>.

---

<sup>604</sup> *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18. (Projet de loi 20)

<sup>605</sup> Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (projet de Loi 146)*, Ed. Thémis, 1991, p. 1. Voir Barreau du Québec, *Rapport sur le partage des biens familiaux en mariage*, mai 1987.

<sup>606</sup> Marx Hebert et Gagnon-Tremblay Monique, *Les droits économiques des conjoints*, Ministère de la Justice et Secrétariat à la condition féminine, 1988.

<sup>607</sup> Barreau du Québec, *Rapport sur le partage des biens familiaux en mariage*, *op. cit.*, p.14 et s..

<sup>608</sup> Voir l'article de Mme Anne Revillard qui expose l'importance des mouvements féministes dans l'adoption de la loi instituant le patrimoine, que ces mouvements aient été extérieurs à l'Etat ou intérieurs à celui-ci (avec en particulier l'intervention de la ministre déléguée à la condition féminine et du Conseil du statut de la femme, même si celui-ci est resté un peu en retrait, Revillard Anne, « Du droit de la famille aux droits des femmes : le patrimoine familial au Québec », *Droit et Société* 62/2006, p. 95.

<sup>609</sup> Notes explicatives, *Gazette officielle du Québec*, 9 août 1989, n°33, Partie 2, p. 4426.

<sup>610</sup> Voir Revillard Anne, *op. cit.*, p. 114.

<sup>611</sup> Ouellette Monique, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Thémis, 1995, p. 165, M. Pineau et Mme Pratte ne voient pas l'utilité d'un tel patrimoine, le régime légal permettant un partage des biens suffisant entre les conjoints, Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 195, M. Pineau critiquait déjà largement l'adoption du patrimoine familial dès son adoption, Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Ed. Thémis, 1991.

<sup>612</sup> Sénécal Jean-Pierre, *op. cit.*, p. 134, voir aussi Sénécal Jean-Pierre, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de Loi 146*, Wilson et Lafleur, 1989, p. 7 et s.

**302.** Mais si ce patrimoine familial a pour intérêt de pallier aux inégalités qui apparaissent essentiellement dans le cadre du régime de séparation de biens, il n'en reste pas moins qu'il a pu faire l'objet de nombreuses critiques. La précipitation de son adoption a eu pour conséquence que la rédaction des dispositions relatives à ce régime est loin d'être parfaite<sup>613</sup>. On n'a tout d'abord pas cherché à intégrer ce texte dans son contexte plus général et on peut ainsi remarquer des redondances avec des dispositions déjà existantes<sup>614</sup>. De plus, le patrimoine familial est inspiré des *family assets* du droit de l'Ontario<sup>615</sup> et certaines de ses dispositions sont directement issues de la *common law* et donc rédigées comme elle, c'est-à-dire sous forme d'énumération et non de synthèse<sup>616</sup>. Des lacunes apparaissent également dans le texte. En particulier, il n'est pas prévu comment se règlera le partage en cas de décès de l'un des conjoints ni dans quelle mesure les héritiers et les donataires du *de cuius* pourront obtenir une part de ce patrimoine<sup>617</sup>.

**303.** Mais, au-delà de ces problèmes de rédaction de la loi, se pose un problème beaucoup plus fondamental et qui est lié à la philosophie qui y est sous-jacente. Alors que jusqu'à présent le législateur s'était contenté de suggérer un régime qu'il considérait comme idéal pour permettre un partage équitable des biens entre les conjoints<sup>618</sup>, avec la Loi 146 il a imposé le patrimoine familial à tous les époux et a ainsi mis totalement de côté le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux ne peuvent en effet pas prévoir de conventions remettant en cause le partage du patrimoine familial. Or si l'on regarde plus en détails les biens concernés par ce patrimoine (résidences familiales principale et secondaires,

---

<sup>613</sup> M. Caparros parle même de « technique législative défectueuse », Caparros Ernest, *op. cit.*, p. 254 et s.

<sup>614</sup> Voir Caparros Ernest, *op. cit.*, p. 254, qui donne en particulier l'exemple des nullités dans le cadre de la renonciation aux droits dans le patrimoine familial ou au « partage des acquêts ».

<sup>615</sup> Voir Kasirer Nicholas, « Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », dans *Association canadienne de droit comparé et association québécoise de droit comparé, contemporary law – droit contemporain*, Ed. Yvon Blais, 1994-1995, p. 190.

<sup>616</sup> Voir en particulier l'article 415 du Code civil du Québec. A propos de ces problèmes de rédaction, voir Sénécal Jean-Pierre, « La réforme québécoise instituant le patrimoine familial : la recherche d'un nouvel équilibre », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Ed. Yvon Blais, 1991, p. 129, plus particulièrement p. 147.

<sup>617</sup> Pour plus de détails voir Sénécal Jean-Pierre, *op. cit.* p. 150 et s. Cette absence de disposition relative au sort du patrimoine familial en cas de décès faisait partie des principaux reproches fait au système ontarien des *family assets* de 1978 (Hovius Berend et Youdon Timothy G., *The Law of Family Property*, Carswell 1991, p. 199 et s.). A ce reproche s'ajoutait celui selon lequel la distinction entre les biens faisant partie de ces *family assets* et ceux n'en faisant pas partie n'était pas claire. De plus, il n'y avait pas de différence entre les biens acquis avant le mariage et ceux acquis pendant et les juges avaient une trop grande discrétion en la matière. Toutes ces critiques eurent pour conséquence que le système des *family assets* fut totalement remis en cause en 1986 avec l'adoption du Ontario *Family Law Act* (S.O. 1986, c. 4.) révisé en 1990, mettant en place un véritable régime matrimonial similaire à une société d'acquêts.

<sup>618</sup> En France avec le régime de la communauté d'acquêts et au Québec avec la société d'acquêts, ainsi que nous avons pu le voir dans le §1.

meubles les meublants, véhicules automobiles de la famille et régimes de retraites) on constate qu'ils recouvrent généralement l'intégralité des biens détenus par les époux. La liberté de choix du régime matrimonial semble alors bien compromise et surtout de peu d'intérêt<sup>619</sup> et l'autonomie des époux paraît, d'une façon générale, n'avoir que peu de place<sup>620</sup>. Rendre le patrimoine familial obligatoire pour tous les époux ne se justifiait pas obligatoirement. En effet, les inégalités existaient essentiellement dans le cadre du régime de séparation de biens et ce régime, même s'il avait une place importante, ne concernait pas tous les conjoints. Il aurait été possible d'imaginer que le législateur limite le champ d'application de ce patrimoine à ce seul régime de séparation. M. Roy ajoute de plus que les couples évoluent et qu'ils ne tendent plus aujourd'hui à faire obligatoirement un mariage fondé sur une association et peuvent parfois souhaiter vivre de façon pécuniairement indépendante<sup>621</sup>. La diversité des couples ne s'accommode pas obligatoirement d'un patrimoine familial impératif et le Comité consultatif sur le droit de la Famille a ainsi proposé en juin 2015 de mettre en place un système d'«opting out» permettant de soustraire, entre autres, du patrimoine familial par le biais d'un contrat de mariage<sup>622</sup>.

**304.** Qu'il soit applaudi ou contesté par les auteurs québécois, il n'en reste pas moins que le patrimoine familial fait partie intégrante du droit contemporain de la famille au Québec. La question de la place de cette institution au sein du droit québécois se pose alors ainsi que sa qualification et la détermination de la nature des droits qui en sont issus.

## *2. Qualification du patrimoine familial et nature des droits octroyés*

**305.** Avant de nous interroger sur la nature des droits octroyés par le patrimoine familial, il paraît utile de déterminer la qualification de ce patrimoine.

---

<sup>619</sup> Voir Ciotola Pierre, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) *C.P. de N.* 21, p. 37, voir également les critiques de Burman Danielle citée par Ciotola Pierre, p. 36.

<sup>620</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 114.

<sup>621</sup> Voir Roy Alain, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) *C. de D.* 657, p. 665 et s.

<sup>622</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *op. cit.*, p. 114

a. *Qualification de ce patrimoine familial*

**306.** Même si la majorité de la doctrine et la jurisprudence, dans la foulée de la décision rendue par la Cour d'appel en 1991 dans *Droit de la famille — 977*<sup>623</sup>, qualifient le patrimoine familial de simple effet du mariage, il ne nous semble pas, à l'instar de M. Pineau et de Mme Pratte<sup>624</sup>, qu'il faille s'arrêter à cette constatation et la qualification du patrimoine familial du Québec ne nous paraît pas si simple à déterminer. Cette difficulté tient certainement à la nouveauté de cette institution dans un système de droit civiliste et à la place qu'elle doit tenir au sein du droit des régimes matrimoniaux. Différentes qualifications sont en effet possibles : simple effet du mariage (au même titre que les obligations de secours ou d'assistance) ou véritable régime matrimonial ?

α) *Simple effet du mariage ...*

**307.** Les articles 392 et suivants du Code civil du Québec réglementent les effets du mariage auxquels les époux ne peuvent déroger quel que soit le régime matrimonial qu'ils ont adopté. Parmi ces effets, se trouvent les droits et devoirs des époux tels que le devoir de solidarité, les devoirs de respect, fidélité, secours et assistance ou encore la contribution aux charges du mariage<sup>625</sup>. Ces dispositions ne sont alors pas sans rappeler les articles 212 et suivants du Code civil français et ce qui est qualifié de régime primaire<sup>626</sup> ou « statut impératif de base »<sup>627</sup> par certains auteurs.

**308.** Les règles relatives au patrimoine familial ont été introduites dans le Code civil du Québec dans la partie consacrée aux effets du mariage<sup>628</sup>. Certains auteurs québécois<sup>629</sup>

---

<sup>623</sup> *Droit de la famille — 977*, AZ-91011410, J.E. 91-677, [1991] *R.J.Q.* 904, [1991] *R.D.F.* 260 (rés.), [1991] *R.D.I.* 346, [1991] *R.D.J.* 436

<sup>624</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 204.

<sup>625</sup> Art. 392 et 396 C.c.Q.

<sup>626</sup> La notion de régime primaire en droit français est d'ailleurs difficile à déterminer et serait l'« ensemble des règles primordiales à incidence pécuniaire, en principe impératives, applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial proprement dit [...] et destinées à sauvegarder les fins du mariage, tout en assurant un pouvoir d'action autonome à chacun des époux, soit que ces règles puissent jouer d'elles-mêmes, soit qu'elles permettent l'intervention du juge ». Voir Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses Universitaires de France, 2009.

<sup>627</sup> Colomer André, *Droit civil, régimes matrimoniaux*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2000, n° 61 et s., p. 33 et s.

<sup>628</sup> Livre 2 : de la famille, Titre 1 : du mariage, Chapitre IV : des effets du mariage, Section III : du patrimoine familial.

<sup>629</sup> Ouellette Monique, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 1995, p. 166, Sénécal Jean-Pierre, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Ed. Wilson et Lafleur, 1989. Voir

considèrent donc que le patrimoine familial est un simple effet du mariage au même titre que l'obligation de secours ou l'obligation de fidélité et le ministre de la justice, dans les notes explicatives accompagnant la Loi 146 le qualifiait d'ailleurs comme tel<sup>630</sup>. Son caractère impératif contribue également à le qualifier de simple effet du mariage. Ce sont d'ailleurs ces arguments qui ont été retenus par la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 977*, sous la plume du Juge Baudouin pour appuyer sa décision selon laquelle « le patrimoine familial est un effet direct du mariage et non une sorte de régime matrimonial universel, supplémentaire et de base, même s'il peut éventuellement y être rattaché dans le sens large du terme »<sup>631</sup>. Cette position fut reprise par le Juge Sénécal dans la décision *Fine (Succession de) c. Bordo*<sup>632</sup> qui a ajouté que le législateur avait clairement souhaité faire de ce patrimoine un effet du mariage.

**309.** Mais, si le Juge Baudouin a retenu la qualification d'effet du mariage, il n'en reste pas moins que, dans la décision précitée, il fait également référence à la possible qualification du patrimoine familial comme un régime matrimonial. En effet, le patrimoine familial n'est-il pas plutôt lui un véritable régime matrimonial ?

*β) ... ou régime matrimonial ?*

**310.** Le régime matrimonial est le « statut qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux, dans leurs rapports entre eux, et dans leurs rapports avec les tiers et dont l'objet est de régler le sort des biens actifs et passifs des époux pendant le mariage et à sa dissolution »<sup>633</sup>. Une institution doit alors « répondre aux trois questions patrimoniales que pose la vie du ménage : la répartition des pouvoirs, des richesses et des dettes »<sup>634</sup> pour constituer un régime matrimonial en tant que tel. Le patrimoine familial remplit-il alors ces conditions ?

---

également Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 326.

<sup>630</sup> Notes explicatives, *Gazette officielle du Québec*, 9 août 1989, n°33, Partie 2, p. 4426.

<sup>631</sup> *Droit de la famille – 977*, AZ-91011410, J.E. 91-677, [1991] *R.J.Q.* 904, [1991] *R.D.F.* 260 (rés.), [1991] *R.D.I.* 346, [1991] *R.D.J.* 436 (Monsieur le Juge Beaudouin).

<sup>632</sup> *Fine (Succession de) c. Bordo*, AZ-98021621, J.E. 98-1343, [1998] *R.J.Q.* 1823, [1998] *R.D.F.* 569 (rés.), commenté par Ciotola Pierre, « Nature des droits familiaux - patrimoine familial société d'acquêts – communauté de biens », (1999) 101 *R. du N.* 419.

<sup>633</sup> *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Guinchard Serge et Debard Thierry, *Lexique des termes juridiques 2014*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013.

<sup>634</sup> Malaurie Philippe, Aynès Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013, n°31, p. 16.



**311.** Si l'on s'arrête alors à la seconde condition soit celle de la répartition des richesses, à l'instar de M. Caparros<sup>635</sup>, on ne peut, ignorer la ressemblance entre le patrimoine familial et la société d'acquêts québécoise. Le patrimoine familial conduit en effet, à la fin du mariage, au partage de la valeur d'un certain nombre de biens déterminés qui correspondent le plus souvent à des biens considérés comme acquêts dans la société d'acquêts. Ces deux institutions semblent alors très proches au niveau de leur fonctionnement.

**312.** En ce qui concerne les dettes, nous aurons l'occasion de constater que certaines dispositions prévoient le sort des dettes relatives aux biens dont la valeur est prise en compte pour le partage et ces dispositions ne sont d'ailleurs pas sans rappeler ici encore celles relatives à la société d'acquêts.

**313.** En revanche, et c'est peut-être là la plus grande différence entre les deux institutions, aucun effet ne découle des règles du patrimoine familial quant aux pouvoirs des époux sur les biens, ces pouvoirs étant déterminés par les règles des régimes matrimoniaux secondaires qui viennent s'ajouter à ce patrimoine<sup>636</sup>. Cette absence de dispositions quant aux effets du mariage peut alors dans une certaine mesure remettre en cause la qualification de régime matrimonial pour ce patrimoine.

**314.** Toutefois, est-ce pour autant que l'on doit qualifier le patrimoine familial de simple effet du mariage ? Si l'on s'intéresse aux effets du mariage en droit québécois et à leurs équivalents en droit français, on remarque que seules des règles de pouvoirs sont traditionnellement prévues (comme par exemple les présomptions de pouvoir) et non des règles de partage comme cela est prévu pour le patrimoine familial. Cette absence de règles de pouvoir dans le patrimoine familial ne permet donc ni de déduire qu'il s'agit d'un effet du mariage ni de le rattacher à la catégorie de régime matrimonial.

**315.** En outre, certains régimes matrimoniaux n'ont que des règles sommaires quant aux pouvoirs des époux sur les biens, comme par exemple les régimes de séparation dont les

---

<sup>635</sup> Caparros Ernest, *op. cit.*, p. 21 et s.

<sup>636</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Presses de l'Université Laval, 2005, p. 126.

dispositions se limitent à indiquer que chacun des époux conserve tout pouvoir sur ses propres biens<sup>637</sup>. Rien ne s'opposerait alors à qualifier le patrimoine familial de régime matrimonial.

**316.** On a pu faire valoir également que le caractère impératif de ce patrimoine pouvait faire obstacle à sa qualification de régime matrimonial. Toutefois, il est possible d'imaginer un régime matrimonial impératif. Comme le font remarquer M. Pineau et Mme Pratte, « dans le système de droit civil, il a toujours été impératif, pour les époux, d'avoir un régime matrimonial ». La seule différence est qu'avant les époux avaient le choix du régime alors que le patrimoine est obligatoire<sup>638</sup>. On ne peut donc déduire de ce seul caractère impératif et de l'emplacement des dispositions relatives au patrimoine familial, qu'il s'agit bien là d'un simple effet du mariage et non d'un véritable régime matrimonial.

**317.** A l'exception de la condition des pouvoirs qui ne nous paraît pas rédhibitoire, le patrimoine familial apparaît bien comme un régime matrimonial et l'on ne peut alors que le rapprocher de la société d'acquêts. Pour M. Caparros, il s'agit d'un régime matrimonial légal et impératif<sup>639</sup>, d'une nature commune avec la société d'acquêts québécoise même si les biens dont la valeur est partagée sont moins nombreux que dans le cadre de la société d'acquêts<sup>640</sup>. En ce qui concerne les biens non inclus dans le patrimoine familial, un second régime matrimonial supplétif est alors nécessaire et l'on retrouve alors une superposition de deux régimes matrimoniaux et non d'un patrimoine familial – effet du mariage – et d'un régime matrimonial comme semble le penser la majorité de la doctrine québécoise et la jurisprudence. Cette qualification de régime matrimonial pour le patrimoine familial nous semble la plus adéquate et il est intéressant à ce titre de remarquer que M. Roy, dans ses propositions pour réformer le droit des régimes matrimoniaux québécois a proposé comme régime légal un régime très proche du patrimoine familial québécois avec une assiette de biens pour le partage similaire, la principale différence étant que ce nouveau régime ne serait pas impératif<sup>641</sup>. De même, le Comité consultatif sur le droit de la famille a proposé, en juin 2015, de faire du patrimoine familial un « régime patrimonial conjugal » légal facultatif qui pourrait s'appliquer aux conjoints de fait s'ils le souhaitent (« opting in ») et s'appliquerait

---

<sup>637</sup> Art. 1536 C.civ., art. 486 C.c.Q.

<sup>638</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 206.

<sup>639</sup> Caparros Ernest, « Le patrimoine familial : une qualification difficile », (1994) *R.G.D.* 251, p. 266. Régime qu'il qualifie également de secondaire ainsi que nous le verrons.

<sup>640</sup> Caparros Ernest, « La nature commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, p. 59.

<sup>641</sup> Voir Roy Alain, « L'encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s'impose pour les nouveaux ménages », (2000) 41 *C. de D.* 657, p. 682.

par défaut aux conjoints mariés sauf option contraire de leur part (« opting out »)<sup>642</sup>. Ce régime patrimonial conjugal se substituerait alors au régime de la société d'acquêts qui deviendrait un régime facultatif. Il deviendrait alors par là même un véritable régime matrimonial.

**318.** Le refus actuel de voir dans le patrimoine familial un régime matrimonial impératif tient certainement au fait qu'il est difficile politiquement de reconnaître que le législateur a pu imposer aux époux un tel régime. En effet, les dernières années ont été marquées par la volonté des législateurs de laisser une grande liberté aux époux quant au choix de leur régime matrimonial. Au Québec, les changements de régimes matrimoniaux se font depuis 1980 sans la moindre intervention d'un juge<sup>643</sup> et la liberté de choix et de mutabilité de régime matrimonial est donc totale. Reconnaître le patrimoine familial comme un régime matrimonial reviendrait à constater une limitation législative de cette liberté et donc un retour en arrière.

**319.** M. Pineau et Mme Pratte qualifient le patrimoine de « régime primaire » dans le sens où il prime le régime matrimonial secondaire et vient avant lui tout en étant lui-même un régime matrimonial<sup>644</sup>. Il s'agirait selon eux d'un « mini – régime » matrimonial devant être complété par un autre. M. Caparros, quant à lui, le définit comme régime secondaire impératif, les effets du mariage tels que définis antérieurement étant envisagés comme le régime primaire, au sens français du terme, sur lequel viendrait se superposer un premier régime secondaire impératif, le patrimoine familial, puis un régime secondaire facultatif, laissé au libre choix des époux pour les biens n'étant pas compris dans le patrimoine familial. Pour notre part nous préférons la qualification de régime matrimonial secondaire impératif afin d'éviter toute confusion avec le régime primaire existant en droit français et qui recouvre les « effets » du mariage québécois.

**320.** Quel que soit le vocable utilisé, la conclusion et la situation sont les mêmes. Aux effets du mariage (obligation de fidélité, devoir de secours,...) se superposent un premier régime matrimonial impératif, le patrimoine familial, puis un second, facultatif, pour les biens n'étant

---

<sup>642</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 122.

<sup>643</sup> Art. 438 C.c.Q. introduit dans le Code civil du Québec par la Loi 89 de 1980, voir Auger Jacques, « La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », [1981] *C.P. du N.* 33, n°188 et s., p. 84 et s., Lefrançois Guy et Roy François, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°154 et s., p. 51 et s.

<sup>644</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 206.

pas inclus dans le patrimoine. Cette qualification étant posée, qu'en est-il alors de la nature des droits ouverts par le patrimoine familial ?

*b. La nature des droits issus du patrimoine familial*

**321.** Différentes propositions ont pu être faites en ce qui concerne la nature des droits issus du patrimoine familial. La dénomination de « patrimoine familial » autorise à penser que le patrimoine familial constitue le patrimoine de la personne morale qu'est la famille et qu'il englobe ainsi les biens qui appartiennent à la famille et octroie des droits de propriétés. Cette possibilité doit toutefois être rejetée, puisque la personnalité morale est refusée à la famille tant en droit français qu'en droit québécois<sup>645</sup>, la délimitation du cercle de ses membres étant trop floue<sup>646</sup>.

**322.** Certains auteurs<sup>647</sup> se sont par ailleurs demandé si ce patrimoine ne constituait pas plutôt un patrimoine d'affectation incluant un certain nombre de biens affectés à l'usage de la famille. Cette possibilité a également été écartée (même si certains auteurs la retiennent encore<sup>648</sup>), car, d'une part, il n'existe aucune règle de gestion relative à ce patrimoine et, d'autre part, ce patrimoine ne se distingue pas de celui des conjoints, chacun des biens appartenant soit à l'un soit à l'autre des conjoints en indivision. Ce patrimoine n'a donc pas une autonomie particulière et, de plus, n'est pas particulièrement affecté à la famille. Dans l'arrêt *Droit de la famille — 977*, le juge Baudouin avait d'ailleurs expressément rejeté cette qualification de patrimoine d'affectation en considérant que, pour la mise en œuvre d'un patrimoine d'affectation et vu la spécificité d'un tel patrimoine, une disposition législative spécifique établissant ce patrimoine était nécessaire, ce que l'on ne retrouve pas lorsque l'on étudie en détails les dispositions relatives au patrimoine familial<sup>649</sup>.

**323.** Dans le même ordre d'idée, il est également nécessaire d'écarter la nature de droits indivis octroyés aux époux par les règles du patrimoine familial. Ce patrimoine familial, en effet, n'octroie pas de droit de propriété aux conjoints mais plutôt une créance correspondant

---

<sup>645</sup> Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (Projet de loi 146)*, Thémis, 1991, p. 42.

<sup>646</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La Famille*, Ed. Montchrestien, 9<sup>ème</sup> édition, 2006, n°3, p. 10.

<sup>647</sup> Voir Burman Danielle et Pineau Jean, *op. cit.*, p. 42.

<sup>648</sup> Lafond Pierre-Claude, *Précis de droit des biens*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2007, n°397, p. 154.

<sup>649</sup> *Droit de la famille — 977*, AZ-91011410, J.E. 91-677, [1991] *R.J.Q.* 904, [1991] *R.D.F.* 260 (rés.), [1991] *R.D.I.* 346, [1991] *R.D.J.* 436.

à la moitié de la valeur d'un certain nombre de biens. Et bien que la dénomination de « patrimoine familial » puisse sous-entendre l'idée de propriété, les conjoints n'ont aucun droit de propriété sur ce patrimoine. L'indivision, parce qu'elle implique une idée de propriété, paraît donc également inadaptée en l'occurrence<sup>650</sup>.

**324.**C'est donc la qualification de rapport d'obligations entre les époux qui doit être retenue et qui l'a été par les tribunaux<sup>651</sup>. C'est un droit de créance au profit des époux qui apparaît à la dissolution du mariage et non un véritable patrimoine sur lequel chacun des époux a un droit de propriété. Le législateur a alors utilisé le même symbolisme du partage qui existe dans le cadre de la société d'acquêts<sup>652</sup> et on ne peut alors que rapprocher ce patrimoine familial de cette société tant en ce qui concerne son symbolisme que son régime.

### **B. Régime du patrimoine familial<sup>653</sup>**

**325.**Le patrimoine familial est mis en œuvre et son partage opéré en cas de séparation de corps, de nullité ou de dissolution du mariage par décès ou divorce<sup>654</sup>. Ce patrimoine familial s'applique à tous les époux domiciliés au Québec quel que soit leur régime matrimonial<sup>655</sup>. Le législateur de 1989 a toutefois prévu trois cas<sup>656</sup> dans lesquels il était possible de ne pas être soumis à la législation sur le patrimoine familial. Ainsi, les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> juillet 1989, date d'entrée en vigueur de la Loi 146, qui ont manifesté leur volonté de ne pas s'assujettir à ce patrimoine par déclaration judiciaire ou acte notarié avant le 31 décembre

---

<sup>650</sup> M. le Juge Baudouin dans *Droit de la famille — 977*, *op. cit.*

<sup>651</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 210.

<sup>652</sup> Voir Burman Danielle et Pineau Jean, *op. cit.*, p. 50.

<sup>653</sup> Voir Ouellette Monique, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Thémis, 1995, p. 169 et s., Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Ed. Thémis, 1991, Sénécal Jean-Pierre, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Ed. Wilson et Lafleur, 1989, Lefrançois Guy et Roy François, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°246 et s., p. 82 et s., Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 127 et s., Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 96 et s., Labonté C. et Pilon S., « Le patrimoine familial » dans *Droit de la famille québécois*, vol. II, Farnham, CCH/FM Ltée, ¶ 95-000 et s., Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 213 et s., Lalonde Christiane, « Le patrimoine familial », dans *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, familles et successions*, Ed. Barreau du Québec, 2014, p. 325 et s., Thuy Nam Trân Tran, *Fascicule 18 Patrimoine familial, Jurisclasseur Personnes et Famille*, Ed. Lexisnexis Canada, 2012.

<sup>654</sup> Art. 416 C.c.Q. Selon M. Lefrançois, le partage du patrimoine familial a également lieu en cas de jugement permettant la liquidation des droits patrimoniaux de l'absent, Lefrançois Guy et Roy François, *La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°251 p. 84, art. 89 C.c.Q. ; Deleury Edith et Goubau Dominique, *Le droit des personnes physiques*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2008, n°51, p. 58.

<sup>655</sup> Voir les articles 391 et 3089 du Code civil du Québec.

<sup>656</sup> Article 42 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55. Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 327 et s.

1990, ne sont pas soumis à ce régime. De même ne sont pas soumis au patrimoine familial les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> juillet 1989 qui avaient cessé de faire vie commune et avaient réglé, par une entente écrite ou autrement, les conséquences de leur séparation avant le 15 mai 1989. Enfin les époux mariés avant le 1<sup>er</sup> juillet 1989 qui avaient fait une demande en séparation de corps, divorce ou annulation de mariage avant le 15 mai 1989, étaient hors du domaine d'application de ce patrimoine familial.

**326.** Ces exceptions à l'application du patrimoine familial sont donc aujourd'hui. Tant que les propositions du Comité consultatif sur le droit de la famille n'auront pas été adoptées<sup>657</sup>, la seule solution pour les conjoints qui souhaiteraient ne pas effectuer le partage du patrimoine familial, serait de renoncer à ce partage après l'ouverture du droit au partage, toute renonciation antérieure étant proscrite par la loi<sup>658</sup>.

**327.** A l'exception des époux renonçant au partage, tous les conjoints mariés québécois sont donc soumis au patrimoine familial et à son partage. Ceci est d'autant plus important que ce sont souvent la majorité des biens possédés par les époux (1) qui font partie de ce patrimoine et sont ensuite partagés entre eux (2).

#### *1. La composition du patrimoine familial*

**328.** Ainsi que le remarquent les Professeurs Goubau et Castelli, une double idée est à l'origine de la composition du patrimoine familial : les biens contenus dans ce patrimoine sont des biens qui étaient affectés à l'usage de la famille pendant le mariage ou qui ont été acquis pendant le mariage<sup>659</sup>. Nous verrons cependant que certains d'entre eux pourront être exclus en raison de leur origine.

##### *a. Les biens inclus dans le patrimoine familial*

**329.** L'article 415 alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>ère</sup> phrase du Code civil du Québec prévoit que « Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire : les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent

---

<sup>657</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 114.

<sup>658</sup> Art. 423 C.c.Q.

<sup>659</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 127.

ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite ».

**330.** Les résidences concernent tant la résidence principale que les résidences secondaires de la famille<sup>660</sup>. Si l'immeuble dans lequel vit la famille est un immeuble à logements multiples, on ne prend en considération que l'espace réellement occupé par la famille<sup>661</sup>. Il est nécessaire de prouver que, d'une part, il s'agit d'une résidence et que, d'autre part, celle-ci a bien une utilité familiale. Ainsi, il a été jugé qu'un camp de chasse utilisé par un seul des époux ne pouvait être une résidence familiale<sup>662</sup>. Il en fut de même pour une érablière dont les bâtiments (cabanes à sucre) avaient un usage familial se limitant essentiellement à quelques repas et marches dans les bois durant une période limitée de l'année<sup>663</sup>. En revanche, un bateau équipé tant d'une cuisine que d'une salle de bains et d'une douche et qui avait servi régulièrement à la famille pour ses vacances ou fins de semaines a été considéré comme une résidence familiale<sup>664</sup>. Il en fut de même pour une résidence en Bulgarie même si elle n'était utilisée qu'occasionnellement par la famille<sup>665</sup>.

**331.** Les meubles qui entrent dans le calcul de la composition du patrimoine familial sont ceux qui garnissent ou ornent les résidences familiales et qui servent à l'usage de la famille<sup>666</sup>. Tous les autres meubles doivent donc être exclus. Sont également exclus les biens qui sont à usage exclusif de l'un des époux. A cet égard, les collections posent des problèmes d'interprétation. Pour M. Tétrault<sup>667</sup>, elles doivent être exclues du patrimoine. Il semble toutefois ainsi que nous l'exposent M. Pineau et Mme Pratte, que le sort des collections dépend aujourd'hui essentiellement du fait de savoir si les objets de la collection ont servi ou

---

<sup>660</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 129, Lefrançois Guy et Roy François, *op. cit.*, n°253, p. 84.

<sup>661</sup> *Droit de la famille – 1599*, [1992] *R.J.Q.* 1568 (C.S.), [1992] *R.D.F.* 542.

<sup>662</sup> *Normand c. Noël*, C.S. Québec, n°200-12-043249-904.

<sup>663</sup> *Droit de la famille – 3336*, [1999] *R.D.F.* 465 (C.S.). Pour d'autres exemples de biens immeubles susceptibles ou non d'être qualifiés de résidence familiale voir Prémont Claudia, « Le patrimoine familial 10 ans après : bilan et incertitude », (1999) 7 *Repères* 146, voir également Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 340 et s.

<sup>664</sup> *Droit de la Famille – 991*, EYB 1991-75898 (DCL)

<sup>665</sup> *T. (V.G.) c. S. (E.K.)*, REJB 2002-34831 (C.S.).

<sup>666</sup> Il en est ainsi du piano sur lequel jouaient les enfants du couple, voir pour un point sur la jurisprudence récente Tétrault Michel, « De choses et d'autres en droit de la famille », dans *Développements récents en droit familial* 2013, p. 181, et plus particulièrement p. 218 et s.

<sup>667</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 103.

non à décorer la maison familiale et les juges peuvent qualifier ces objets de meubles entrant dans le calcul du patrimoine familial<sup>668</sup>.

**332.** Les véhicules automobiles servant à l'usage de la famille sont également inclus dans ce partage. De même que pour les résidences ou les meubles, il est nécessaire de prouver l'usage pour toute la famille. Si le véhicule est à l'usage exclusif de l'un des conjoints, il pourra être exclu de ce patrimoine<sup>669</sup>.

**333.** On constate donc que si l'élément essentiel qui permet de déterminer les biens qui entreront dans la composition du patrimoine familial, est l'usage qui en est fait par la famille, c'est en revanche l'idée d'acquêts qui prédomine pour les droits accumulés pendant le mariage au titre des régimes de retraite, dernière catégorie de biens faisant partie du patrimoine familial. Le système des régimes de retraite québécois a comme particularité que, contrairement au droit français, il est possible à tout moment de connaître le montant total du capital accumulé dans le cadre de ces régimes et de déterminer celui-ci avec l'aide d'actuares. Le législateur énumère dans l'article 415 alinéa 5 du Code civil du Québec les régimes qui entrent dans le patrimoine familial, il s'agit essentiellement des régimes de pensions de retraite institués par les lois fédérales et provinciales et des régimes enregistrés d'épargne retraite (REÉR).

**334.** Les REÉR sont des régimes dans lesquels les contribuables peuvent investir un certain pourcentage de leurs revenus, jusqu'à un maximum annuel, et obtenir une franchise totale d'impôts sur les montants ainsi placés<sup>670</sup>. On pourrait voir dans ces REÉR l'équivalent des régimes de retraite complémentaires par capitalisation français. Un REÉR est généralement individuel mais il peut être aussi mis en œuvre par une entreprise au profit de ses salariés. Les montants accumulés dans ce REÉR tout au long du mariage font partie du patrimoine familial.

**335.** Les régimes de retraite légaux (l'équivalent des régimes de retraite légaux français) sont soumis à un régime plus compliqué. Ils sont soit de juridiction fédérale soit de juridiction provinciale. Si l'entreprise employant la personne bénéficiaire du régime est québécoise, il y a

---

<sup>668</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 218 et 219.

<sup>669</sup> Ce fut en particulier le cas d'une motoneige, *R.B.A. c. M.B.O.*, C.S. Québec, n°200-12-066528-010, 9 octobre 2002.

<sup>670</sup> Voir Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 348 et s.



de forte chance que ce soit la loi québécoise qui s'applique. Si, en revanche, l'entreprise est canadienne, comme par exemple Bell Canada (l'équivalent de France Télécom) alors le droit applicable sera certainement du droit fédéral. Au sein de ces deux ordres juridiques, il est également nécessaire de distinguer entre les lois s'appliquant aux employés du domaine privé de celles s'appliquant aux employés du domaine public. Ces différentes lois mettent alors en place des modes de calcul différents<sup>671</sup>, sur lesquels nous ne nous arrêterons pas mais qui permettent, au moment du partage du patrimoine familial, de déterminer le partage des droits au régime de retraite accumulé entre les époux pendant le mariage. Nous remarquerons essentiellement que ces régimes concernent les salariés<sup>672</sup> et non les travailleurs indépendants et que seuls les REÉR, lorsqu'ils en ont, seront susceptibles de partage entre les conjoints dans le cas des travailleurs indépendants.

**336.**Le patrimoine familial permet donc de partager le montant de ces régimes accumulés au cours du mariage et il s'agit en l'occurrence et d'une certaine façon de partager les économies faites par la famille pour la retraite d'un ou des deux époux<sup>673</sup>. M. Pineau et Mme Pratte y voient également un moyen de garantir une retraite à la femme au foyer. Cette retraite plutôt qu'être à la charge de l'Etat sera à la charge de l'ex-conjoint. Certains auteurs y voient d'ailleurs un moyen pour l'Etat de se donner bonne conscience<sup>674</sup>.

**337.**Toutefois, tous ces biens ne rentreront pas automatiquement dans le calcul final de la créance et le législateur a ainsi prévu un certain nombre de cas d'exclusion.

#### *b. Les biens exclus du patrimoine familial*

**338.**Sont évidemment exclus du patrimoine familial les biens qui ne font pas partie de la liste des biens limitativement énumérés à l'article 415 alinéa 1<sup>er</sup>. Toutefois, au nombre des biens ainsi énumérés, certains peuvent être exclus du patrimoine en nature ou en valeur, leur valeur étant déduite après calcul initial de ce patrimoine.

---

<sup>671</sup> Pour une description plus détaillée du mode de calcul de la part de chacun des époux lors du partage des régimes de retraite, voir Lalonde Christiane, *op. cit.*, p. 339 et s.

<sup>672</sup> Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Ed. Thémis, 1991, p. 67.

<sup>673</sup> Pour des exemples chiffrés de partage de régime de retraite, en particulier depuis la nouvelle loi 102, voir Martel Carolyn, « Les régimes de retraite et le partage du patrimoine familial », dans *Développements récents en droit familial*, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 235.

<sup>674</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 224.

**339.**Sont exclus en nature les biens acquis par les époux par voie de succession ou par donation<sup>675</sup>. Ces biens étant entrés dans le patrimoine sans l'intervention des époux et en dehors de toute économie ou participation de la part du conjoint de l'héritier ou du donataire, il est normal qu'ils soient exclus du patrimoine. La forte connotation familiale et sentimentale de ces biens acquis par donation ou succession peut aussi expliquer cette exclusion en nature. Il convient malgré tout de remarquer qu'il existe une exception importante à cette exclusion en nature qui concerne les libéralités entre conjoints. En effet, la Cour d'appel a considéré que si l'on excluait du patrimoine familial les biens donnés à un époux par son conjoint, cela équivaudrait à contourner le « régime légal », universel et général du patrimoine familial<sup>676</sup>. Cette décision est toutefois critiquée<sup>677</sup> et M. Pineau et Mme Pratte soutiennent ainsi que, en donnant l'un de ses biens à son conjoint, l'époux donateur ne renonce aucunement à son droit sur ce bien dans le cadre du patrimoine familial et qu'il ne détourne pas les règles de ce régime. Les donations entre conjoints ne devraient donc pas avoir de régime particulier et le bien donné restera bien dans le calcul du patrimoine familial.

**340.**Sont également exclus du patrimoine familial les droits accumulés pendant le mariage au titre d'un régime de retraite en faveur du conjoint survivant ou de chaque partie personnellement lorsque la dissolution du mariage résulte du décès<sup>678</sup>. L'objectif de ces droits est en effet de protéger le conjoint survivant et l'objectif du patrimoine qui est également de protéger le conjoint survivant lorsque le mariage est dissous par décès est déjà rempli<sup>679</sup>.

**341.**A côté de ces exclusions en nature, une exclusion en valeur est prévue dans l'article 418 du Code civil du Québec. Il s'agit de déduire de la valeur nette du patrimoine familial la valeur nette au jour du mariage d'un bien possédé alors par l'un des époux et faisant partie du patrimoine familial. Il ne restera plus dans le patrimoine familial que la valeur nette de ce bien au jour de l'évaluation du patrimoine moins cette valeur nette au jour du mariage.

**342.**Est également déduit en valeur « l'apport fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à

---

<sup>675</sup> Art. 415 al. 4 C.c.Q.

<sup>676</sup> *Droit de la famille – 1463*, (1991) *R.J.Q.* 2541 (C.A.), voir également *Droit de la famille – 980*, [1991] *R.J.Q.* 1104 (C.S.) commenté dans Ciotola Pierre et Gagnon Nicole, « *Droit de la famille – 980* ou le patrimoine familial analysé sous ses nombreux aspects », (1991), 94 *R. du N.* 181.

<sup>677</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 227.

<sup>678</sup> Art. 415-2 et 3 C.c.Q.

<sup>679</sup> Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 356.

même les biens échus par succession ou donation, ou leur emploi »<sup>680</sup>. On déduit aussi le remploi fait pendant le mariage d'un bien possédé par l'un des époux au moment de la célébration du mariage<sup>681</sup>. Cette exclusion n'est pas sans rappeler les règles relatives aux récompenses tant en droit français qu'en droit québécois. C'est en effet le même système qui joue ici, l'objectif étant que l'un des époux ne profite du partage du patrimoine familial pour obtenir une partie en valeur de biens appartenant exclusivement à l'autre, et donc bénéficier d'un enrichissement, alors qu'il n'a pas participé à l'acquisition des fonds qui ont servi à acquérir ceux faisant partie du patrimoine familial. Cette absence de référence du patrimoine familial aux règles relatives aux récompenses pour un système qui y ressemble beaucoup, s'explique certainement par le fait que le patrimoine familial est directement issu du droit ontarien et que ce droit de *common law* ne connaît pas ces récompenses. Il a d'ailleurs été reproché au législateur de 1989 de ne pas avoir cherché à recourir à des concepts qui existaient déjà dans le Code civil québécois mais plutôt d'avoir transposé le système ontarien qui n'est pas toujours des plus clairs<sup>682</sup>.

**343.**Ces exclusions étant effectuées, il reste alors à faire le partage de ce patrimoine.

## 2. *Le partage du patrimoine familial*

**344.**Un des principes essentiels de ce partage est qu'il se fait en valeur. On va donc au moment du divorce déterminer la valeur de ce patrimoine en fonction des biens dont la liste vient d'être déterminée et des exclusions dont il vient d'être fait mention.

**345.**Une première évaluation du patrimoine va être faite avec la valeur des biens faisant partie de la liste de l'article 415 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil québécois et dont auront été retirés les biens devant être exclus en nature du patrimoine. La valeur marchande des biens restants est alors déterminée à la date d'introduction de l'instance en divorce<sup>683</sup>. De la valeur marchande de ces biens va être retiré le montant des dettes contractées pour l'acquisition, l'amélioration, l'entretien et la conservation des biens ainsi que les exclusions en valeur étudiées précédemment et qui correspondraient à un système de récompense. La valeur totale obtenue

---

<sup>680</sup> Art. 418 al. 1<sup>er</sup> C.c.Q.

<sup>681</sup> Art. 418 al. 3 C.c.Q.

<sup>682</sup> Voir n°298 et Caparros Ernest, « La nature commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, p. 46.

<sup>683</sup> Art. 417 C.c.Q.

est alors la valeur nette du patrimoine familial qui va être partagée entre les conjoints. Cette valeur nette est ensuite partagée en deux et chacun des époux obtient alors une créance de patrimoine familial contre l'autre égale. Le paiement de la créance peut se faire en argent mais un transfert de propriété de l'époux qui possède la majorité des biens du patrimoine familial en faveur de celui qui en a le moins, est également possible. Cette dation en paiement est décidée par les époux. Le bien donné en paiement peut alors ou non faire partie du patrimoine familial<sup>684</sup>.

**346.** Si le principe est le partage à parts égales entre les deux conjoints, l'article 422 du Code civil du Québec prévoit toutefois que « Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal et, quant aux gains inscrits en vertu de la Loi sur le régime des rentes du Québec ou de programmes équivalents, décider qu'il n'y aura aucun partage de ces gains, lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, de la brève durée du mariage, de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux ». Le tribunal ne peut pas décider un partage inégal de sa propre initiative, il ne peut le faire qu'à la demande de l'un des époux. Un partage inégal ne peut avoir lieu que lorsqu'un partage égal entraînerait une injustice et ceci quelle que soit la cause de cette injustice. En effet, bien que la loi prévoit un certain nombre de causes, la liste n'est pas limitative.

**347.** M. Kasirer voit dans cet article 422 l'application en droit québécois du principe de *common law* de *clean hand*. Selon ce principe, il faut venir devant le juge en ayant eu un comportement irréprochable si on veut pouvoir se prévaloir de tous ses droits<sup>685</sup>. M. Kasirer considère donc que l'article 422 étant la traduction directe d'une disposition existant en droit ontarien, les Tribunaux québécois devraient s'intéresser à la jurisprudence ontarienne pour interpréter cet article et déterminer les cas de partage inégal. Ce n'est pas la conception retenue par la jurisprudence québécoise et bien que le patrimoine familial trouve ses sources dans la *common law*, on cherche à faire de cette institution une institution de pur droit québécois<sup>686</sup>.

---

<sup>684</sup> Art. 419 al. 2 C.c.Q.

<sup>685</sup> Kasirer Nicholas, « Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », dans *Association canadienne de droit comparé et association québécoise de droit comparé, contemporary law – droit contemporain*, Ed. Yvon Blais, 1994-1995, p. 190, p. 211.

<sup>686</sup> Voir Ciotola Pierre, « Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) 2 *C.P. de N.* 21, n°12 et s.

**348.** Les demandes de partage inégal sont fréquentes<sup>687</sup> et la jurisprudence a cherché progressivement à baliser les cas où le partage inégal est accepté. Ainsi il est tout d'abord clair que le préjudice découlant de l'application même des règles du patrimoine familial ne peut donner lieu à un partage inégal. En revanche, la brièveté du mariage, la dilapidation de certains biens par un époux de mauvaise foi ou la mauvaise foi seule d'un époux peuvent donner lieu à un partage inégal du patrimoine. Selon M. Tétrault, ces trois cas ont comme dénominateur commun « d'une part l'importance de la contribution de chacun des époux à la formation du patrimoine familial *et*, d'autre part, la sanction de conduites préjudiciables et répréhensibles »<sup>688</sup>.

**349.** A titre d'exemple, un partage inégal a été refusé à une épouse qui avait souffert de violences physiques et psychologiques au cours de son mariage. Le Tribunal a considéré que « Le Code traite d'une injustice au futur, madame veut faire compenser ce qu'elle considère comme une injustice morale qu'elle a subie dans le passé ». Le tribunal a donc conclu qu'il ne peut pas priver une partie de ses droits patrimoniaux pour les erreurs passées dans un tout autre domaine<sup>689</sup>. Les tribunaux ont accepté en revanche plus facilement un partage inégal lorsqu'il est prouvé qu'un seul des époux a contribué de façon exceptionnelle aux charges du mariage<sup>690</sup> ou assumé les responsabilités de la famille pendant que l'autre gérât mal les biens familiaux et endettait le couple<sup>691</sup>. La Cour d'appel a également pris en compte l'existence de biens n'entrant pas dans le patrimoine familial pour ordonner un partage inégal. En l'occurrence l'épouse exposait que son mari était propriétaire d'un important quota de lait qui ne rentrait pas dans le cadre du calcul du patrimoine familial et avait donc un patrimoine bien supérieur au sien. Elle soutenait alors qu'il était injuste qu'elle doive partager avec lui ses droits dans son régime de retraite alors qu'il était en possession de biens susceptibles de lui fournir des revenus importants pour sa retraite et sur lesquels elle n'avait aucun droit. La Cour accepta le partage inégal<sup>692</sup>. Cette décision est particulièrement intéressante et ouvre certainement un champ d'application important à cet article 422<sup>693</sup>. Elle permet également de constater que le législateur ayant adopté le patrimoine familial dans le but de mettre en œuvre l'égalité économique entre les conjoints, lorsque le partage de ce patrimoine a pour résultat

---

<sup>687</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 278.

<sup>688</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 137. Voir également Prémont Claudia, « Le patrimoine familial 10 ans après : bilan et incertitudes », (1999) 7 *Repères* 258, p. 261 et s.

<sup>689</sup> *M. (A.-M.) c. L. (F.)*, [2001] *R.D.F.* 833 (C.S. Montréal).

<sup>690</sup> *C. (C.) c. G. (M.)*, J.E. 2002-566 (C.S.) en appel

<sup>691</sup> *C. (M.) c. K. (C.)*, [2001] *R.D.F.* 913.

<sup>692</sup> *D. (G.) c. Gi. (N.)*, REJB 2001-26436 (C.A.).

<sup>693</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 138.

une iniquité économique, les juges peuvent trouver dans l'article 422 le moyen de rétablir l'égalité, et donc l'équité.

**350.**C'est d'ailleurs la volonté du législateur d'instaurer l'égalité et l'équité économique entre les époux qui a été prise en compte par la Cour suprême du Canada dans la décision *M.T. c. J.-Y. T.* du 25 septembre 2008<sup>694</sup>. Pour la première fois dans cette décision, la Cour a eu à se prononcer sur la nature de l'iniquité pouvant amener à un partage inégal du patrimoine familial. Elle a alors considéré que le juge, en interprétant l'article 422 du Code civil du Québec, devait toujours prendre en considération la « nature de l'objectif du patrimoine familial, soit la création d'une union économique entre les conjoints ». Les tribunaux doivent ainsi déterminer, selon la Cour suprême, si les époux ont par leurs actes ou leur comportement violé « leur obligation fondamentale de contribuer à la formation et au maintien du patrimoine familial » et si tel est le cas, une iniquité pourra être constatée et un partage inégal pourra être effectué en défaveur de l'époux qui aura violé cette obligation. C'est une faute « économique » qui doit être imputée au conjoint et non un comportement qui n'aurait pas de conséquences sur le patrimoine familial comme, par exemple, les violences conjugales.

**351.**La Cour a ainsi limité l'interprétation des fautes d'un ou des conjoints pouvant amener à un partage inégal aux seuls comportements ayant une influence directe sur le patrimoine familial.

**352.**Depuis la jurisprudence apprécie les faits de façon à vérifier si l'injustice alléguée a bien le caractère d'une telle faute économique<sup>695</sup>. Il a ainsi été jugé que cette faute n'existait pas et que le partage inégal devait être refusé au motif que si madame n'a pas contribué au patrimoine familial, c'est par qu'elle était malade et ne pouvait travailler<sup>696</sup>. Un partage inégal a en revanche été retenu au motif que l'épouse qui n'avait pas travaillé pendant le mariage, avait suivi des cours les plus chers en prenant son temps et en envoyant son argent dans sa famille au Gabon<sup>697</sup>.

**353.**Les régimes matrimoniaux ont depuis longtemps permis de reconnaître la collaboration des conjoints et la participation de chacun à l'enrichissement de la famille. Déjà, les coutumes

---

<sup>694</sup> *M.T. c. J.-Y. T.*, 2008 R.C.S. 50.

<sup>695</sup> Lalonde Christiane, *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 388.

<sup>696</sup> *Droit de la famille – 092685*, 2009 QCCA 5000

<sup>697</sup> *Droit de la famille – 083344*, 2008 QCCS 6253.

germaniques avaient mis en œuvre une institution permettant une telle reconnaissance, la *tertia collaborationis*. Avec le temps se sont ensuite développés des régimes de communautés qui ont permis un partage des biens des conjoints mais avaient comme principal inconvénient de donner tout pouvoir au mari au détriment de son épouse. La société évolua suivie par le droit. Le législateur français opta pour une modernisation du régime de communauté légale, le législateur québécois créa un nouveau type de société d'acquêts, cette dernière alliant pour le mieux liberté et partage.

**354.**Le droit aurait pu en rester là, laissant aux époux le choix de déterminer s'ils souhaitaient ou non une véritable égalisation patrimoniale après la dissolution de leur union. Mais le régime de séparation étant encore adopté par de nombreux conjoints québécois, des situations d'iniquités perdurèrent. Le législateur québécois a alors quitté en 1989 la voie de la suggestion du régime idéal pour suivre celle de l'impérativité. S'inscrivant dans la mouvance générale canadienne de protection des conjoints vulnérables au Canada<sup>698</sup>, il a instauré une nouvelle forme de régime matrimonial qui s'impose aux époux et qui prévoit, quel que soit le régime matrimonial qu'ils ont choisi, le partage d'un certain nombre de biens. Le rôle du législateur s'est alors modifié dans un domaine où depuis presque toujours on avait privilégié la liberté des époux et des familles.

**355.**Le droit québécois a imposé l'égalité mais celle-ci peut être contournée. Les époux bien informés peuvent faire en sorte de ne détenir que peu, voire aucun des biens faisant partie de ce patrimoine familial. De plus, ce patrimoine qui avait été instauré dans un objectif de protection des épouses peut se retourner contre celles-ci lorsqu'elles travaillent. On a ainsi pu remarquer que, dans certains cas, seule l'épouse occupant un travail rémunéré investissait dans des biens entrant dans la composition du patrimoine familial alors que son époux, pour sa part, plaçait son argent dans des actions ou dans une entreprise. Lors du partage du patrimoine, l'épouse se trouve alors défavorisée. Elle peut certainement demander l'application de l'article 422, et donc du partage inégal, si elle rentre toutefois dans les cas déterminés par la jurisprudence<sup>699</sup>. Le caractère impératif de ce patrimoine familial peut donc parfois entraîner un résultat inverse à celui qui avait été souhaité par le législateur.

---

<sup>698</sup> *M.T. c. J.-Y. T.*, 2008 R.C.S. 50, par. 16.

<sup>699</sup> Voir n°345.

**356.** Bien que le législateur ait adopté le patrimoine familial dans un objectif louable, et malgré la faveur donnée à celui-ci par le Comité consultatif sur le droit de la Famille<sup>700</sup>, ce patrimoine n'est pas toujours adapté ni suffisant et, en particulier, ne permet pas de reconnaître l'enrichissement dont a bénéficié un conjoint en raison du travail effectué par l'autre. En effet, de même que les régimes matrimoniaux traditionnels, son objectif n'est pas de compenser la collaboration qui va au-delà de la participation normale d'un conjoint et permet à l'autre de s'enrichir, mais bien plus de reconnaître la collaboration quotidienne des deux époux pendant l'union. D'autres moyens sont alors nécessaires pour rétablir non plus l'équité dynamique entre les conjoints mais réinstaurer une véritable équité statique entre ceux-ci et corriger les injustices qui peuvent naître d'une collaboration exceptionnelle de l'un des époux.

---

<sup>700</sup> Celui-ci souhaite en effet, de même que le Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 123.



## SECTION II : EQUITE ET ENRICHISSEMENT SANS CAUSE : LA RECONNAISSANCE DE LA PARTICIPATION EXCEDENTAIRE D'UN DES CONJOINTS

**357.**Le travail bénévole d'un conjoint au profit de l'entreprise de son époux n'est pas rare. Il peut être plus ou moins important et ira de la simple aide pour faire la comptabilité à un véritable travail à plein de temps de secrétariat. La reconnaissance de ce travail peut, dans certains cas, être fondamentale. En effet, pour l'épouse qui aura travaillé toute sa vie bénévolement pour son mari, la prise en considération de cette activité pourra signifier, d'une part, le paiement de tous les salaires qu'elle n'a pas perçus mais également une certaine assurance pour l'avenir puisque n'ayant pas été salariée déclarée et donc, par conséquent, n'ayant pas cotisé à un régime de retraite, elle n'a droit à aucune rente. Ceci est d'autant plus problématique lorsque l'entreprise appartient en propre au conjoint enrichi et que l'époux qui a travaillé bénévolement ne pourra en aucune façon bénéficier de cet enrichissement par le biais d'un partage de communauté ou des acquêts. L'équité impose alors que son travail soit reconnu. Une des solutions possibles, et certainement celle qui aurait le plus de valeur tant au niveau du droit social que du droit civil, serait de reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre les conjoints.

**358.**Pendant de nombreuses années en droit français, on a opposé à une telle reconnaissance<sup>701</sup> qu'un lien de subordination ne pouvait exister entre les conjoints et que, de plus, un tel travail pouvait être considéré comme une manifestation du devoir d'assistance entre époux<sup>702</sup>. La situation ne pouvait toutefois perdurer puisque, à la fin des années 1970, on estimait que 300 000 à 600 000<sup>703</sup> conjoints travaillaient bénévolement dans l'entreprise de leur époux. Le législateur français est alors intervenu avec la loi du 10 juillet 1982 relative aux petites et moyennes entreprises<sup>704</sup> et la Loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980<sup>705</sup> et a instauré trois régimes possibles pour le conjoint du commerçant ou de l'artisan : le statut d'artisan ou de commerçant associé, celui de conjoint salarié, et enfin celui de conjoint

---

<sup>701</sup> Pour un état des lieux du contrat de travail entre époux en droit français voir Quétant Guy-Patrice, « A propos du contrat de travail entre époux », *Rép. Def.* 2005, art. 38130 p. 486 et s.

<sup>702</sup> Julien Pierre, *Les contrats entre époux*, Ed. LGDJ, 1962, p. 52 et s.

<sup>703</sup> Les chiffres étaient en effet difficiles à évaluer comme nous l'explique Randoux Dominique, « Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982) », *JCP* 1983 I 3103.

<sup>704</sup> *Loi n°82-596 du 10 juillet 1982*, voir pour le commentaire de cette loi Randoux Dominique, *op. cit.*

<sup>705</sup> *Loi n°80-502 du 4 juillet 1980 d'orientation agricole*.

collaborateur<sup>706</sup>. La loi du 2 août 2005<sup>707</sup> pour les entreprises commerciales, artisanales et libérales et la loi du 5 janvier 2006<sup>708</sup> pour les entreprises agricoles, ont rendu le choix entre l'un de ces trois statuts obligatoire. Les conjoints de commerçants et artisans peuvent donc désormais bénéficier d'un régime de protection légale avec toutefois certaines limites, puisque dans le cas du conjoint collaborateur, l'article R. 121-1 du Code de commerce<sup>709</sup> impose qu'il n'y ait pas de rémunération pour ce conjoint collaborateur et que celui-ci ne soit pas associé au sens de l'article 1832 du Code civil. De plus, si la loi prévoit depuis 1989<sup>710</sup> la possibilité d'un salaire différé pour le conjoint collaborateur qui a travaillé bénévolement pendant plus de 10 ans dans l'entreprise de son conjoint décédé, rien n'est en revanche prévu en cas de divorce ou de séparation. Sa situation est alors similaire à celle du conjoint sans statut social en ce qui concerne sa rémunération<sup>711</sup>. Malgré les modifications récentes apportées au statut de ce conjoint collaborateur, aucune loi n'a encore abrogé cette interdiction de rémunération. Certains considèrent qu'au vu de la situation actuelle et de l'égalité des époux, le plus simple serait de conserver le statut de conjoint collaborateur, fondé sur l'égalité entre époux, et de supprimer celui de salarié, qui sous-entend une idée de subordination, tout en imposant un salaire obligatoire pour le conjoint collaborateur<sup>712</sup>.

**359.** Au Québec, la question du contrat de travail entre conjoints ne semble pas avoir été aussi problématique et très tôt il est apparu que l'incapacité de la femme mariée ne s'opposait pas à la reconnaissance d'un lien de subordination entre conjoints<sup>713</sup>. Tant la jurisprudence<sup>714</sup>

---

<sup>706</sup> Voir Colomer André, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », *Rép. Def.* 1982, Art. 32954 p. 1393. Voir Quétant Guy-Patrice, « A propos du contrat de travail en époux », *Déf.* 2005, p. 486.

<sup>707</sup> *Loi n°2005-882 du 2 août 2005 relatives aux petites et moyennes entreprises.*

<sup>708</sup> *Loi n°2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole.*

<sup>709</sup> Art. R. 121-1 C. com. : « Est considéré comme conjoint collaborateur le conjoint du chef d'entreprise commerciale, artisanale ou libérale qui exerce une activité professionnelle régulière dans l'entreprise sans percevoir de rémunération et sans avoir la qualité d'associé au sens de l'article 1832 du Code civil. »

<sup>710</sup> *Loi n°89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales* et plus particulièrement l'article 14 de la Loi.

<sup>711</sup> En effet, le conjoint collaborateur, contrairement au conjoint sans statut social bénéficie d'une protection sociale et d'une assurance vieillesse s'il le désire. Voir Colomer André, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », *Rép. Def.* 1982, Art. 32954 p. 1400 et s. Voir également Chavignac François, « Les incidences du choix du régime matrimonial sur la gestion du fonds de commerce », *JCP N* 1999, p. 322.

<sup>712</sup> Raffi Rémy, « Statut de conjoint collaborateur : évolution récente et difficultés d'application », *Petites affiches*, 5 août 2009, p. 6.

<sup>713</sup> Marceau Louis, *De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la Province de Québec*, Wilson et Lafleur, 1960, p. 198.

<sup>714</sup> *Marchand c. Trakas et Dame Preden*, (1919) 55 C.S. 543, voir également *Bank of Montreal c. Besner et Dame Gross*, (1947) 43 B.R. 148, en l'occurrence la Juge en chef de la Cour du Banc du Roi avait considéré que « la prohibition expresse des donations et des ventes entre époux ne va pas jusqu'à leur interdire la rémunération de services qui, comme le louage d'ouvrage, n'ont rien de matrimonial ».

que la législation<sup>715</sup> reconnaissaient ainsi la possibilité d'un contrat de travail entre conjoints. Le droit québécois, sur ce point, était donc avant-gardiste par rapport au droit français. Par contre en l'absence d'un réel contrat de travail, comme nous le verrons, la jurisprudence refusait toute compensation de l'épouse pour le travail fourni bénévolement à son conjoint.

**360.**Le travail fourni peut aussi ne pas être professionnel et c'est ainsi qu'une épouse, par exemple, peut organiser de façon régulière les dîners d'affaire pour son conjoint et aller au-delà de la simple contribution aux charges du mariage tout en permettant à son conjoint de développer ses relations professionnelles et sa carrière. Dans ce dernier exemple, toute convention de travail est exclue mais ce n'est pas pour autant que cette participation ne mérite pas d'être compensée.

**361.**La jurisprudence se fondant sur l'équité peut alors permettre une telle compensation (I). Cette réponse apparaît d'ailleurs souvent comme la plus adaptée puisqu'il s'agit souvent de régler des cas particuliers que seuls les juges sont en mesure d'apprécier et de corriger. Mais devant l'inertie des juges dans ce domaine, il a paru nécessaire que le législateur intervienne et à ces réponses jurisprudentielles sont alors venues s'ajouter des réponses législatives adoptées en faisant référence expressément à l'équité (II).

## § 1. UNE REPOSE JURISPRUDENTIELLE INSUFFISANTE

**362.**Lors de la dissolution du couple, l'époux qui a travaillé au profit de l'autre va chercher à faire reconnaître l'existence de ce travail et l'enrichissement qui a pu en résulter pour son conjoint. Les juges ont alors la possibilité de lui octroyer un droit de créance à l'encontre de son conjoint. C'est le plus généralement sur le fondement de l'enrichissement sans cause que ce droit de créance a été envisagé. Mais cette reconnaissance est souvent aléatoire (A) et la meilleure réparation est certainement celle obtenue sous forme de droit de propriété. Les juges

---

<sup>715</sup> Voir la *Loi sur les accidents du travail*, S.R.Q. 1941, c. 160, art. 11 en lien avec l'article 2n) qui prévoyait une compensation en cas d'accident du travail pour les membres de la famille inscrit sur la liste des salariés et parmi ces membres de la famille sont comptés le mari ou la femme de l'employeur. Voir également la *Loi pour protéger la vie et la santé des personnes employées dans les établissements industriels et commerciaux*, S.R.Q. 1941, c. 175, art. 8, article qui en excluant la femme et les enfants de l'interdiction de travailler, dans certains commerces, en dessous de 14 ans ou de 16 ans si ils ne savent pas lire, reconnaissait donc la possibilité pour un époux d'employer sa propre épouse. Aujourd'hui la *Loi sur les accidents du travail et des maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001, ne comporte plus de dispositions spécifiques pour les membres de la famille salariés.

peuvent en effet interpréter l'intention des parties de telle façon qu'ils constatent alors la volonté des parties de créer soit une société soit une fiducie (B).

### **A. La réticence à reconnaître une créance au profit du conjoint appauvri**

**363.**C'est par le biais de l'enrichissement sans cause que l'époux appauvri peut espérer obtenir un droit de créance à l'encontre de son conjoint enrichi à son détriment. Cette notion, qui, comme nous le verrons, a un pur fondement d'équité, s'est développée de façon similaire tant en droit français que québécois (1) et pose des difficultés semblables, quant à son application, aux relations entre conjoints (2).

#### *1. La notion d'enrichissement sans cause*

**364.**L'enrichissement sans cause est considéré comme une « source extra-contractuelle d'obligation »<sup>716</sup> et fait l'objet d'une théorie, la théorie de l'enrichissement sans cause. Celle-ci peut alors être définie comme une « Théorie prétorienne autonome en vertu de laquelle celui qui s'est enrichi sans cause au détriment d'autrui est tenu envers l'appauvri (lequel est muni à cet effet de l'action *de in rem verso*) d'une indemnité égale à la moindre des deux sommes que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement »<sup>717</sup>.

**365.**Cette théorie s'est progressivement imposée dans les deux droits étudiés par l'intermédiaire de la jurisprudence.

**366.**Ce fut, tout d'abord, la jurisprudence française qui, après avoir refusé pendant de nombreuses années de reconnaître l'enrichissement sans cause comme un principe autonome et étendu au cas par cas la notion de gestion d'affaires, l'a finalement admis comme un principe autonome dans une décision du 15 juin 1892<sup>718</sup>. La Cour de cassation a alors fondé cette théorie sur l'équité. Avant même cette décision, les auteurs s'étaient interrogés sur le fondement que pourrait avoir l'enrichissement sans cause s'il était accepté comme principe autonome. Pour certains, comme la jurisprudence le pensait, l'action *de in rem verso* devait être rattachée à la gestion d'affaires<sup>719</sup>. Pour d'autres, il était plutôt une application du droit de

---

<sup>716</sup> Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2009, p. 360.

<sup>717</sup> Cornu Gérard, *op.cit.*, p. 360

<sup>718</sup> Cass. Req., 15 juin 1892, *DP* 1892.1.596, *S.* 1893.1.281, note J.-E. Labbé.

<sup>719</sup> Demolombe considérait que la gestion d'affaires était l'action générale et l'action *de in rem verso*, l'action particulière, l'action en enrichissement sans cause n'intervenant qu'en autant que le profit aurait subsisté alors

la responsabilité<sup>720</sup>. Selon Ripert<sup>721</sup>, l'enrichissement sans cause correspondrait à une obligation morale, « un devoir moral de ne pas s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », qui se transformerait en une obligation juridique. L'action *de in rem verso* répondrait alors à une idée d'équité. Enfin certains voyaient dans l'enrichissement sans cause l'idée d'une transmission de valeur<sup>722</sup> ou d'un équilibre dans les patrimoines, cette dernière théorie devant trouver ses limites, selon M. Baudouin<sup>723</sup>, dans le fait que l'enrichissement sans cause peut consister en une perte ou un avantage purement moral. Aujourd'hui, selon M.M. Terré, Simler et Lequette<sup>724</sup>, il ne faut pas chercher à rattacher l'enrichissement sans cause à une théorie plus générale et reconnaître l'autonomie de cette action. Il nous semble, pour notre part, qu'il suffit de rattacher cet enrichissement sans cause au principe plus général de l'équité<sup>725</sup> qui sous-entend également les récompenses étudiées précédemment<sup>726</sup>.

**367.** De même que les auteurs français, les auteurs québécois se sont attachés à trouver un fondement pour justifier le versement d'une compensation dans le cas où une personne s'est enrichie au détriment de l'autre. Dans sa dissidence dans la décision de la Cour suprême *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères* de 1929<sup>727</sup>, le Juge Mignault posa alors les grands principes de l'action en enrichissement sans cause. Il détermina en effet l'autonomie

---

que la gestion d'affaire pouvait intervenir que celui-ci continue à exister ou non. Le juge doit alors selon Demolombe, se placer au moment où l'action est engagée pour voir si un profit subsiste ou non et alors déterminer si c'est l'action de *in rem verso* ou la gestion d'affaires qui va s'appliquer. Voir Demolombe C., *Cours de Code civil*, Tome XV, Ed. Stienon, 1882, n°48, p. 16. Pour Laurent, l'enrichissement sans cause interviendrait lorsque les conditions de la gestion d'affaire n'ont pas été remplies mais que la gestion est tout de même utile au maître. Il analyse alors l'enrichissement sans cause avec tous les termes de la gestion d'affaires et fait de l'action *de in rem verso* un véritable prolongement de celle-ci, Laurent F., *Principes de droit civil*, Tome XX, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Bruylant, 1876, p. 361 et s.

<sup>720</sup> Pour Planiol, l'enrichissement sans cause constitue un fait illicite, il serait en effet illicite de conserver quelque chose alors que l'on n'en a pas le droit. L'auteur le classe parmi les actes illicites involontaires et les rapprochent donc de la responsabilité, Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, 8<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1921, p. 257 et s. et p. 313 et s.

<sup>721</sup> Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1949, p. 244 et s.

<sup>722</sup> Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français*, t. IV, Imprimerie et librairie générales de jurisprudence, Marchal, Billard et C<sup>o</sup>, 1873, § 578, p. 246, l'action *de in rem verso* serait une action personnelle de restitution d'un objet ou de valeurs.

<sup>723</sup> Baudouin Jean-Louis, *Traité élémentaire de droit civil*, Les obligations, Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 219. Thèse critiquée également par Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1949, p. 251 et s.

<sup>724</sup> Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013, n°1064, p. 1112.

<sup>725</sup> Les juristes ont pendant longtemps, et encore aujourd'hui, peur d'utiliser la notion d'équité, notion trop vague et considérée comme dangereuse. Ripert disait ainsi qu'elle « effraye les juristes », Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1949, n°136, p. 250.

<sup>726</sup> Sur toute cette analyse du fondement de l'action *de in rem verso*, voir Ripert, *op. cit.* p. 244 et s.

<sup>727</sup> *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie*, (1929) R.C.S. 650. Jusqu'à cette décision, la jurisprudence préférait en effet, de même que la jurisprudence française, étendre la notion de gestion d'affaires, voir Pineau J., Burman D. et Gaudet S., *Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2001, p. 478, Karim Vincent, *Les obligations*, vol. 1, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 2009, p. 1250 et s.

de cette action par rapport à la gestion d'affaires<sup>728</sup>. Mayrand alla plus loin<sup>729</sup> en fondant ce droit d'action sur l'idée plus générale d'équité qui est d'ailleurs reconnue comme une source de droit au Québec. La Cour suprême, dans la décision *Viger* de 1977<sup>730</sup>, imposa définitivement le principe selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, ce qui selon M. Jobin, est en réalité une des formes de l'équité<sup>731</sup>. Il est utile de remarquer qu'aujourd'hui l'enrichissement sans cause, ou enrichissement injustifié, est, contrairement au droit français, expressément prévu dans le Code civil du Québec<sup>732</sup> et que cette action fondée sur l'équité est désormais codifiée. Elle constitue d'ailleurs une des applications les plus remarquables de l'équité au sein du Code civil québécois.

**368.** Les conditions de l'enrichissement sans cause, ou injustifié, sont dans les deux droits similaires. En droit français et québécois, il est clairement déterminé que le demandeur doit apporter la preuve d'un enrichissement, d'un appauvrissement, d'un lien en causalité entre les deux, d'une absence de cause et d'une absence de toute autre voie de droit (caractère subsidiaire de l'action)<sup>733</sup>. Mais si les conditions de ces institutions ainsi énumérées semblent clairement établies, leur application n'est pas toujours des plus simples dans le cadre des relations entre conjoints<sup>734</sup>.

## 2. *L'application de l'enrichissement sans cause aux relations entre conjoints*

---

<sup>728</sup> « Dans le champ des quasi-contrats, nous rencontrons la gestion d'affaires, et ensuite l'action de in rem verso que l'on aurait tort de confondre avec l'action que donne cette gestion », *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie*, (1929) R.C.S. 650, p.690.

<sup>729</sup> Baudouin Jean-Louis, *op. cit.* p. 220. Albert Mayrand, dans sa thèse *Des quasi-contrats et de l'action de in rem verso*, Montréal, 1959, avait reconnu cet enrichissement comme une application de l'équité.

<sup>730</sup> *Lauréat Giguère Inc. c. Cie immobilière Viger Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 67, et plus particulièrement l'analyse de l'honorable Juge Beetz sous la plume duquel a été rendue la décision, p. 75 et s.

<sup>731</sup> Jobin Pierre-Gabriel, "L'équité en droit des contrats", dans *Mélanges Claude Masse – En quête d'équité et de justice*, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 473 et plus particulièrement p. 491.

<sup>732</sup> Art. 1493 et s. C.c.Q.

<sup>733</sup> Voir Pineau J., Burman D. et Gaudet S., *Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2001, p. 478, Karim Vincent, *Les obligations, vol. 1*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 2009, p. 1250 et s., Voir Belzile Violaine, « Enrichissement injustifié et action de in rem verso entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours », dans *Développements récents en droit familial*, 2011, Ed. Barreau du Québec, p. 54 et s., Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Droit civil, les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2013, n°1066 et s., p. 1114 et s.

<sup>734</sup> Pour une analyse générale de l'enrichissement sans cause entre époux voir Burgard Marlène, « L'enrichissement sans cause au sein du couple : quelles différences de régime entre époux, partenaires et concubins », *RRJ* 2009 p. 615.

**369.** Si la preuve de l'enrichissement de l'un des époux ne pose généralement pas de problème<sup>735</sup>, en particulier lorsque l'un des conjoints a travaillé pour l'autre, la preuve de l'appauvrissement corrélatif n'est pas toujours des plus simples à apporter (a). Celle de l'absence de cause de l'enrichissement dans le cadre des relations entre époux n'est pas non plus des plus évidentes (b). Enfin, l'existence de lois régissant les effets du divorce peut avoir pour conséquence de faire disparaître le caractère subsidiaire d'une telle action (c).

*a. La preuve de l'appauvrissement du conjoint*

**370.** La première difficulté quant à la preuve de l'appauvrissement tient à la nature même de la prestation du conjoint. En effet, il est difficile de prouver qu'une personne qui a travaillé pour une autre s'est concrètement appauvrie. Toutefois, dans le cadre de l'enrichissement sans cause, la doctrine et la jurisprudence admettent généralement que le travail fourni par une personne peut constituer un appauvrissement pour celle-ci<sup>736</sup>. Cette acceptation sera simple lorsque le travail fourni bénévolement correspondra à un travail professionnel, mais lorsque la prestation fournie par le conjoint appauvri consiste en du travail domestique, la preuve d'un appauvrissement sera plus délicate à apporter, ceci d'autant plus que ce travail ménager n'est pas toujours reconnu comme un travail en tant que tel par la jurisprudence.

**371.** La seconde difficulté tient à la preuve de la réalité de l'appauvrissement. Effectivement, si le conjoint a reçu une contrepartie pour son travail pendant le mariage ou à sa dissolution, on ne pourra pas conclure à l'appauvrissement. C'est en particulier le cas lorsque les époux sont mariés sous le régime de communauté. Dans une décision du 18 novembre 1997<sup>737</sup>, la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation a ainsi pu décider que les fruits du travail de l'épouse tombant dans la communauté par le fait des dispositions légales relatives à ce régime matrimonial, elle en recevait donc rétribution par le jeu de la liquidation de cette communauté. En l'occurrence, l'épouse avait travaillé bénévolement au sein de l'entreprise artisanale qui dépendait de la communauté pendant toute la durée du mariage. Elle avait donc

---

<sup>735</sup> Par exemple a été accepté comme enrichissement l'accroissement de la clientèle et la plus-value du fonds de commerce dû à la gestion de ce fonds par l'épouse travailleuse bénévole, voir Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1960, *Bull.* I, n°154. A été aussi reconnu comme enrichissement le fait d'avoir évité une dépense en employant la conjointe plutôt qu'un tiers, Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1969, *Bull.* civ. n°374.

<sup>736</sup> Flour Jacques, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011, n°40 p. 45 et 46.

<sup>737</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, juris. n°11, n. Beignier Bernard.

permis à cette exploitation de se développer et souhaitait donc obtenir une indemnité sur le fondement de l'action *de in rem verso*.

**372.** Il semble en être de même avec le jeu de la société d'acquêts française. C'est, du moins, ce que laisse à penser une décision de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 10 mai 1984<sup>738</sup>. Dans cette décision, la Cour a considéré que le mari, qui avait assumé seul la gestion de l'officine de son épouse, ne pouvait faire valoir un enrichissement sans cause « dès lors que les revenus procurés par cette activité sont tombés dans la société d'acquêts ». Cet arrêt peut être critiqué<sup>739</sup>. En effet, si le mari bénéficie d'une part de la société d'acquêts et se trouve ainsi compensé pour une partie du travail qu'il a fourni dans l'officine, l'épouse, qui n'a fourni aucun travail dans le cadre de cette même officine, bénéficie de l'autre part et, par là-même, s'enrichit. La motivation de cette décision paraît donc erronée et une telle solution aurait dû seulement intervenir si l'épouse avait également travaillé dans l'officine puisque, dans ce cas, le travail de celle-ci aurait également bénéficié au conjoint et aurait ainsi rééquilibré l'appauvrissement. Il paraîtrait alors trop simple de limiter l'action en enrichissement sans cause, et plus particulièrement de l'interdire, dans le cas où les époux sont mariés sous un régime de société d'acquêts. La critique peut toutefois, selon M. Champenois<sup>740</sup>, être rejetée : la Cour a eu raison de reconnaître l'absence d'enrichissement sans cause, cet enrichissement de l'épouse n'étant effectivement pas sans cause mais s'expliquant plutôt par l'intervention du mécanisme de la société d'acquêts. La plus-value reçue par l'épouse, en revanche, aurait pu permettre la reconnaissance d'un enrichissement, mais, ainsi que nous l'explique l'auteur, elle n'avait pas à être envisagée par la Cour et la question ne fut donc pas tranchée.

**373.** Les décisions françaises paraissent tout à fait logiques puisque l'enrichissement dont a bénéficié l'un des conjoints grâce au travail bénévole de l'autre, a été ensuite partagé entre les conjoints par le jeu du partage de la communauté. L'équilibre a donc été ainsi rétabli et l'équité respectée. La communauté est certainement le régime le plus équitable, puisque par le partage des biens communs à la fin du régime, il gomme les iniquités qui ont pu naître au cours du mariage et protège donc les époux<sup>741</sup>. L'équité rétablie, l'enrichissement sans cause,

---

<sup>738</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1984, *D.* 1985, IR 173, obs. Bénabent Alain.

<sup>739</sup> Voir Bénabent, observations sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1984, *D.* 1985, IR 173.

<sup>740</sup> Champenois Gérard, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1984, *Rép. Def.* 1985, art. 33560.

<sup>741</sup> Bolze Antoine, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, chronique n°5, Mme Sinay-Cytermann parle, pour sa part, « d'auto-régulation », Sinay-Cytermann Anne,



lui-même issu de cette équité, n'a plus lieu d'être. Il n'interviendra alors qu'en cas de fort déséquilibre entre les conjoints et donc dans des régimes qui ne partagent aucunement les enrichissements, c'est à dire les régimes de séparation de biens. M. Beignier considère alors que dans le cadre de ceux-ci, cet enrichissement constitue un « ersatz de communauté »<sup>742</sup>.

**374.**D'une façon plus générale, il est possible également de penser que la vie commune en elle-même peut faire que l'enrichissement sera partagé entre les conjoints au fur et à mesure du mariage. Effectivement, la communauté de vie peut justifier de rejeter l'action *de in rem verso* par le fait que l'époux appauvri bénéficie également de l'enrichissement dans sa vie quotidienne, chacun des époux mettant en commun ses revenus ce qui permet une certaine égalisation des revenus. Il ne serait alors possible selon Mme Gouttenoire-Cornut<sup>743</sup> de n'intenter une action en enrichissement sans cause que lorsque la preuve de l'enrichissement du patrimoine du conjoint serait apportée. Mais la vie commune peut également poser un second problème pour la mise en œuvre de l'action *de in rem verso* : elle peut constituer la cause même de l'enrichissement.

*b. Le problème de l'absence de cause de l'enrichissement : la justification de l'enrichissement par la vie commune et la contribution aux charges du mariage*

**375.**Afin de pouvoir mettre en œuvre une action *de in rem verso*, il est nécessaire de prouver que l'enrichissement n'a pas de cause, c'est à dire qu'il n'est pas justifié par l'existence d'un contrat ou encore par une disposition législative. La question de l'absence de cause dans le cadre des relations entre conjoints est essentielle. Elle peut en effet se poser à deux niveaux. La première cause susceptible de justifier l'enrichissement est la communauté de vie entre les époux et les obligations morales qu'elle peut engendrer. La seconde justification possible serait l'existence de la contribution aux charges du mariage.

---

« Enrichissement sans cause et communauté de vie, Incidences de la loi du 10 juillet 1982 », *D.* 1983, Chron. XXIX, p. 159.

<sup>742</sup> Beignier Bernard, note précitée sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997.

<sup>743</sup> Gouttenoire-Cornut Adeline, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. Fam.* 1999, Chronique n°19, p. 7.

*α) La vie commune en elle-même : justification de l'enrichissement de l'un des époux*

**376.**La première justification pour un enrichissement possible de l'un des époux est que la communauté de vie entre les époux a pour conséquence l'existence d'obligations morales entre les conjoints. Ainsi, comme nous l'explique M. Delplanque<sup>744</sup>, dans le cadre des relations familiales, les personnes s'estiment tenues en conscience d'aider les autres. Elles se sentent moralement obligées et créent ainsi des obligations naturelles qui justifient en elles-mêmes l'existence de l'enrichissement d'un conjoint et ferment, selon l'article 1235 du Code civil français, toute action en répétition de l'indu et ainsi toute action *de in rem verso*. On peut aussi faire valoir que le travail domestique ou professionnel d'un des conjoints au profit de l'autre dépend de la volonté libérale de ce conjoint. En effet, il est tout à fait possible d'envisager que dans le cadre des liens amoureux qui lient les conjoints, l'un ait voulu aider l'autre et pour cela lui ait simplement fait don de son travail par amour. Néanmoins, avec l'intervention de la Loi de 1982 en droit français permettant le travail salarié entre conjoints et l'évolution des mœurs, il paraît difficile de considérer comme principe le fait qu'un conjoint ait voulu faire don de son travail professionnel à l'autre<sup>745</sup> ou encore qu'il se soit seulement senti lié par un devoir moral. Adopter une telle position amènerait en effet à de graves iniquités. Mais si l'on refuse que le travail d'un conjoint soit justifié par une obligation morale ou une idée de libéralité, les obligations légales entre conjoints, et en particulier la contribution aux charges du mariage, ne peuvent-elles pas justifier le travail accompli bénévolement par un conjoint pour l'autre ?

*β) La justification légale : la contribution aux charges du mariage*

**377.**Le travail fourni par un conjoint au profit de l'autre ne constituerait-il pas l'exécution par un époux de sa contribution aux charges du mariage<sup>746</sup>, ce devoir étant alors la cause de l'enrichissement et interdisant par là même toute mise en œuvre de l'action *de in rem verso* ? S'il semble bien que dans le cadre d'un travail professionnel fourni par un conjoint au profit de l'autre, il soit facile de réponse par la négative, la réponse est moins aisée lorsque le travail est un travail ménager.

---

<sup>744</sup> Delplanque Hervé, « Enrichissements sans cause et rapports de famille », *Gaz. Pal.*, 18 février 1997, p. 309.

<sup>745</sup> Lafond Jacques, « L'enrichissement d'un époux séparé de biens dû à l'activité bénévole de son conjoint », *JCP N* 1996, p. 1316

<sup>746</sup> Lafond Jacques, *ci-dessus* p. 1315.

- Le travail professionnel

**378.** Dans les droits étudiés, dans un premier temps, tout enrichissement a été considéré comme l'obligation des époux de contribuer aux charges du mariage, ne pouvant donc donner lieu à compensation par le biais de l'action *de in rem verso*. Ainsi, dans une décision québécoise de 1977<sup>747</sup>, il a été considéré que la femme avait agi comme une excellente épouse en s'occupant non seulement du foyer mais aussi en aidant son mari dans ses affaires, et le tribunal a refusé de lui verser un dédommagement pour son travail. L'idée de simple contribution aux charges du mariage de la part de l'épouse et d'accomplissement du devoir conjugal ressortait alors clairement de cette décision. La jurisprudence était allée jusqu'à un refus quasi-généralisé de l'enrichissement sans cause entre conjoints<sup>748</sup>. Les juges québécois, comme nous l'explique Mme Masse<sup>749</sup>, trouvaient en effet des arguments très diversifiés pour justifier un tel enrichissement et ne se fondaient pas obligatoirement comme en droit français, sur l'existence de l'obligation aux charges du mariage ou d'une obligation morale. Certains motivaient ainsi leurs décisions par la « nécessité d'harmonie familiale » ou encore « l'espoir d'une récompense ou d'un avantage »<sup>750</sup> pour empêcher toute action *de in rem verso*. Le Juge Monet<sup>751</sup> de la Cour d'appel du Québec a même pu considérer que, plus que la contribution aux charges du mariage, l'existence même du régime matrimonial, en l'occurrence le régime de séparation de biens, faisait obstacle à la possibilité d'invoquer l'enrichissement sans cause et c'est ainsi qu'il a accepté le pourvoi contre une décision de la Cour supérieure acceptant de verser à Madame une somme de plus de 26 000,00 \$ pour les contributions monétaires qu'elle avait pu faire pendant le mariage pour l'achat d'un immeuble au seul nom du mari.

**379.** En droit français, la question de la place de la contribution aux charges du mariage s'est posée d'une façon particulière entre 1965 et 1975, l'article 214 alinéa 3 prévoyant alors que le

---

<sup>747</sup> *Gagnon c. Dauphinais et Chartrand*, (1977) C.S. 532. Voir également les remarques de Cossette André, « Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? », (1985) 87 *R. du N.* 456, et plus particulièrement p. 458 et s.

<sup>748</sup> Voir Masse Sylvie, « L'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1982, (1984) 87 *R. du N.* 145, et plus particulièrement p. 149 et s.

<sup>749</sup> *Id.* p. 150.

<sup>750</sup> Voir en particulier la décision *Beaudoin c. Daigneault* qui bien que concernant des concubins, reflètent bien la mentalité des juges de l'époque et leur refus répété de compenser des conjoints mariés ou de fait pour un enrichissement sans cause, *Beaudoin c. Daigneault*, [1982] C.A. 66, position d'ailleurs fortement critiquée par la Juge L'Heureux-Dubé dans *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361

<sup>751</sup> *Sabourin c. Charlebois*, *op. cit.* p. 368.

travail de l'épouse était une part de sa contribution aux charges du mariage<sup>752</sup>. Toutefois, dès 1960, la Cour a accepté l'octroi à une épouse d'une partie de la plus-value acquise par le fonds de commerce de son mari. En l'occurrence, l'épouse dont le mariage avait été annulé, avait participé activement à la gestion du fonds et avait permis un accroissement notable de la clientèle<sup>753</sup>.

**380.**La Cour de cassation est même allée plus loin et a reconnu, dans deux décisions de 1979<sup>754</sup>, le travail de l'épouse et la nécessité de l'indemniser par le biais d'une action *de in rem verso* à partir du moment où cette épouse était allée au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage. Aujourd'hui l'épouse peut donc réclamer une compensation pour la partie excédentaire de sa contribution<sup>755</sup>.

**381.**La jurisprudence française a donc très tôt paru plus ouverte à l'acceptation d'une action *de in rem verso* entre ex-époux malgré l'existence de l'obligation aux charges du mariage et des obligations morales entre conjoints. Néanmoins, le principal problème restait de déterminer si et comment l'époux avait contribué au-delà de la participation attendue aux charges du mariage. En effet, lorsque le travail est exercé par l'époux appauvri au sein de l'entreprise de son conjoint, la question pose peu de problèmes et on considère généralement qu'il s'agit d'un travail dédommageable<sup>756</sup>. Le travail domestique pose, pour sa part, plus de problèmes.

- Le travail domestique

**382.**Le travail domestique est généralement considéré comme rentrant dans la contribution aux charges du mariage, même si l'époux a montré un zèle particulièrement important. En

---

<sup>752</sup> Voir Ponsard André, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 janvier, 30 mai et 10 juillet 1979, *Rep. Déf.* 1980, Art. 32174 p. 44. L'article 214 alinéa 3 prévoyait ainsi à l'époque que « La femme s'acquitte de sa contribution en la prélevant sur les ressources dont elle a l'administration et la jouissance, par ses apports en dot ou en communauté, par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari ».

<sup>753</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1960, *Bull.* I, n°154.

<sup>754</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 janvier et 30 mai 1979, *D.* 1981, 241, n. Breton André, *Rep. Def.* 1980, Art. 32174 p. 44, n. Ponsard André.

<sup>755</sup> Voir Revel Jeanine, « L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens », *D.* 1983, Chron. 21, et plus particulièrement p. 22, voir également Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°1822 p. 691.

<sup>756</sup> Voir Bolze Antoine, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, chronique n°5, et plus particulièrement p. 15. Voir par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1960, *Bull.* I, n°154 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 janvier et 30 mai 1979, *D.* 1981, 241, n. Breton André, *Rep. Def.* 1980, Art. 32174 p. 44, n. Ponsard André.

effet, dans le cas de ce travail, il est difficile d'envisager l'enrichissement et l'appauvrissement des époux et les conditions de l'enrichissement sans cause paraissent plus difficiles à remplir<sup>757</sup>. On peut alors comprendre, en France, la réticence de la Cour de cassation à accueillir cet enrichissement.

**383.**Un exemple de cette réticence peut être trouvé dans une décision de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 19 décembre 1995<sup>758</sup>. Dans cette affaire, un mari artisan avait effectué des travaux sur l'appartement appartenant à son épouse séparée de biens pour une valeur de 100 000 francs. L'appartement servait également de domicile conjugal. La Cour de cassation rejeta la demande faite par le mari de réformer la décision de la Cour d'appel refusant l'action *de in rem verso* aux motifs que les juges du fond avaient souverainement jugé des faits et considéré que le travail fait ne dépassait pas la contribution normale du mari aux charges du mariage.

**384.**Cette décision peut surprendre surtout au regard de l'importance du travail fourni par le conjoint. M. Vareille nous propose alors plusieurs pistes pour expliquer cet arrêt qui peut sembler injuste. Il est tout d'abord possible de penser que la Cour a voulu distinguer le travail ménager du travail artisanal. Il serait toutefois paradoxal de compenser le travail ménager excessif qui dépasse la simple contribution au mariage et de refuser de compenser le travail artisanal qui peut être un véritable travail professionnel (à moins peut-être de distinguer le travail artisanal de l'homme du travail domestique de la femme, seule cette dernière pouvant alors demander une compensation, ce que, de même que l'auteur, nous préférons rejeter).

**385.**Une tendance générale semble également ressortir de la jurisprudence. Les tribunaux sont prêts, en effet, à justifier un versement spontané d'un conjoint à son époux par l'activité au foyer corrélative de ce dernier et s'accordent, dans ce cas, pour considérer que la cause du versement spontané est le travail au foyer de l'époux et ce versement est une donation rémunératoire. Ils sont, toutefois, plus réticents à reconnaître a posteriori une indemnité sur le fondement d'un enrichissement sans cause dans des circonstances similaires. Dans la décision étudiée, la Cour considère ainsi qu'il n'y pas eu de preuve d'un appauvrissement et d'un enrichissement corrélatif. Cette solution nous paraît d'ailleurs critiquable puisqu'il faut le

---

<sup>757</sup> Gouttenoire-Cornut Adeline, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. Fam.* 1999, Chronique n°19.

<sup>758</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995, *RTDCiv.* 1997, p. 497, n. Vareille Bernard.

rappeler, dans le cadre de l'enrichissement sans cause de droit commun, un appauvrissement aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence<sup>759</sup> peut exister par la simple existence d'un travail pour autrui et l'on ne voit pas pourquoi le travail domestique devrait s'en différencier.

**386.** Enfin la dernière piste proposée par l'auteur serait que les tribunaux exigent une preuve plus importante lorsqu'il s'agit d'un travail domestique excédentaire.

**387.** Quelle que soit la piste ou la solution retenue et au regard des circonstances, il semble que la meilleure explication à retenir est le refus d'un nombre important de tribunaux de reconnaître un enrichissement sans cause entre conjoints.

**388.** En droit québécois, c'est dans le cadre de la prestation compensatoire<sup>760</sup> que s'est posée la question de la reconnaissance du travail domestique. En effet, la prestation compensatoire au Québec a pour objectif de compenser le travail ou l'apport en biens ou en argent que l'un des conjoints a pu fournir à l'autre permettant l'enrichissement de ce dernier. La jurisprudence québécoise avait refusé, jusqu'à l'adoption de cette institution par le législateur québécois, de reconnaître l'enrichissement sans cause entre conjoints et la question de la reconnaissance du travail domestique au même titre que le travail professionnel ne se posait donc pas. Dans le cadre de la prestation compensatoire, la jurisprudence québécoise, à l'instar de la jurisprudence française, s'est, dans un premier temps et comme nous le constaterons, montrée très réticente à la reconnaissance d'un tel travail<sup>761</sup> comme pouvant donner ouverture à l'action *de in rem verso*.

**389.** La jurisprudence tant française que québécoise était et est toujours peu encline à reconnaître qu'un époux s'est enrichi au détriment de celui qui s'est trouvé appauvri, un droit d'action sur la base de l'enrichissement sans cause<sup>762</sup>. Cette réticence s'est encore renforcée avec l'apparition de nouvelles institutions qui font désormais obstacle à l'action *de in rem verso* au nom du principe de subsidiarité.

---

<sup>759</sup> Flour Jean, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011, n°40, p. 45.

<sup>760</sup> Voir n°522 et s.

<sup>761</sup> Voir en particulier *Poirier c. Globensky*, *Droit de la Famille* – 67, [1985] C.A. 135 à 155.

<sup>762</sup> Voir Tisserand Alice, « Régimes Matrimoniaux », *JCP* 1998 I 135, p. 869, contra Gouttenoire-Cornut Adeline, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause » *Dr. Fam.* 1999, Chronique n°19.

c. *L'existence de nouvelles actions : le problème de subsidiarité*

**390.** Afin de limiter l'utilisation de l'action *de in rem verso*, la jurisprudence a prévu comme condition à sa recevabilité l'absence de subsidiarité, c'est à dire l'absence de possibilité pour l'appauvri de faire jouer une autre action<sup>763</sup>.

**391.** Dans le cadre des relations entre conjoints, la question de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* s'est posée vers la fin des années 70, début des années 80. C'est effectivement à partir de cette période que les législateurs dans les deux droits étudiés ont mis en place des institutions susceptibles de concurrencer l'action en enrichissement sans cause. Le droit québécois est, en l'occurrence, le droit qui a le plus certainement fermé toute possibilité de recours à cette action entre ex-époux en considérant principalement que l'épouse n'avait fait que contribuer aux charges du mariage<sup>764</sup>. Face à cette situation, le législateur québécois a mis en œuvre une institution qui permet d'indemniser le conjoint qui a enrichi le patrimoine de l'autre par son apport en bien ou en service<sup>765</sup> : la prestation compensatoire<sup>766</sup>. L'existence même de cette institution s'oppose donc aujourd'hui à tout recours à l'action *de in rem verso* à la suite du divorce.

**392.** En droit français, la question est très discutée. Lors de la reconnaissance de l'ouverture de l'action en enrichissement sans cause entre époux au début des années soixante, la question d'une autre voie de droit ne se posait pas. En effet, les seules voies ouvertes au conjoint étaient, d'une part, de mettre en jeu la responsabilité de son époux soit par le biais de l'action spécifique en responsabilité pour faute de l'article 266 du Code civil soit par le biais de la responsabilité de droit commun, et, d'autre part, de demander une pension alimentaire. Le fondement de cette dernière relevait essentiellement de l'idée de faute du conjoint et n'avait pas pour objectif de dédommager un époux pour le travail qu'il avait fourni à l'autre et dont ce dernier avait pu s'enrichir. Le problème de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* ne se posait donc pas. La question est en revanche différente depuis l'introduction en droit français

---

<sup>763</sup> Voir Flour Jean, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011, n°52 et s., p. 57 et s., Art. 1494 du Code civil du Québec, Pineau Jean, Burman Danielle et Gaudet Serge, *Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2004, p. 478 ; Karim Vincent, *Les obligations, vol. 1*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 2009, p. 1267 ; Klippert George, *Unjust Enrichment*, Ed. Butterworths, 1984, p. 370.

<sup>764</sup> Voir infra n°384 et n°486.

<sup>765</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 164.

<sup>766</sup> Institution qui sera ultérieurement étudiée dans les n°480 et s.

de la prestation compensatoire, institution toutefois fort différente de la prestation compensatoire québécoise.

**393.**L'article 270 du code civil français, dans sa rédaction initiale, prévoyait que « sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture crée dans les conditions de vie respectives ». A la lecture de cet article, rien ne permet de penser que la prestation compensatoire puisse avoir pour objectif de dédommager l'un des époux qui a travaillé pour l'autre. Cette prestation compensatoire française semble plus tournée vers le futur et avoir pour objectif de compenser pour l'avenir les disparités qui ont pu naître du mariage<sup>767</sup> alors que l'action en enrichissement sans cause est avant tout tournée vers le passé et a pour objectif de réparer une iniquité née du travail bénévole passé de l'un des conjoints au profit de l'autre. Toutefois, on a pu penser que la prestation compensatoire pouvait compenser aussi le travail fourni par l'un des époux au profit de l'autre pendant le mariage, même si les auteurs ne sont pas d'accord sur la solution à donner au problème de la subsidiarité ou non de l'action en enrichissement sans cause face à la prestation compensatoire.

#### *a) Les positions doctrinales*

**394.**Pour M. Sigalas et Mme de Poulpiquet<sup>768</sup>, la question d'un conflit possible entre l'enrichissement sans cause et la prestation compensatoire ne se pose pas. Effectivement, ces deux actions n'ont tout d'abord pas le même résultat. Ainsi, alors que la prestation compensatoire en droit français tend à réparer la disparité des conditions de vie née de la rupture du mariage, l'enrichissement sans cause tend à compenser le travail qu'un époux a fourni et qui a permis à son conjoint de s'enrichir. Selon les auteurs, si on voulait admettre que la prestation compensatoire remplace l'action *de in rem verso*, il faudrait considérer qu'une responsabilité objective pèserait sur le plus riche des deux époux, celui-ci étant présumé s'être enrichi au détriment de son conjoint, ce qui entraînerait une modification totale

---

<sup>767</sup> Voir Delplanque Hervé, « Enrichissements sans cause et rapports de famille », *Gaz. Pal.*, 18 février 1997, p. 315.

<sup>768</sup> Sigalas Pierre-André et de Poulpiquet Jeanne, « Demande en paiement de prestation compensatoire et action de in rem verso, à propos d'un jugement du Tribunal de grande instance de Châteauroux du 13 décembre 1984 », *JCP G* 1985 I 3197.



du fondement de l'action. Ceci aurait aussi pour conséquence que l'indemnisation irait dans un sens unique du plus riche au plus pauvre et qu'il ne serait pas admis que ce soit le plus riche qui se soit appauvri au détriment de l'autre. Cette hypothèse est certainement rare mais on peut très bien imaginer un conjoint qui, ayant travaillé pendant de nombreuses années, hérite et devienne beaucoup plus riche que l'autre. L'équité voudrait qu'il puisse également demander une compensation pour le travail bénévolement fourni à son conjoint et qui a permis à ce dernier de s'enrichir, ce qui distinguerait alors l'action *de in rem verso* de la prestation compensatoire.

**395.**Néanmoins certains arguments militent en faveur de cette assimilation et donc de l'impossibilité de l'action *de in rem verso* en raison de l'existence de la prestation compensatoire. Il est possible de penser que le travail accompli par l'un des conjoints pour l'autre puisse faire partie des éléments pris en considération par le juge pour attribuer la prestation compensatoire et la loi ne semble d'ailleurs pas s'y opposer. L'existence de l'ancien article 280-1 prévoyant une indemnité exceptionnelle pour le conjoint exclusivement fautif au cas où il aurait travaillé pour l'autre et l'aurait enrichi, peut également contribuer à cette idée selon laquelle l'enrichissement sans cause est inclus dans le calcul de la prestation compensatoire, puisque ce conjoint ne pouvant en bénéficier, il peut toutefois demander cette indemnité exceptionnelle. Un raisonnement *a contrario* amène donc à penser que l'époux qui n'est pas exclusivement fautif ne peut demander une telle indemnité et donc une telle compensation par le biais de l'enrichissement sans cause puisque celle-ci est déjà prévue dans le cadre de la prestation compensatoire. De plus, de même que la réparation en cas d'enrichissement sans cause, la prestation compensatoire peut être versée sous forme de capital.

**396.**Toutefois, malgré ces arguments, M. Sigalas et Mme de Poulpiquet s'opposent à cette idée et considèrent que l'objet de l'indemnisation de la prestation compensatoire est trop différent de celui de l'action *de in rem verso* pour que l'on puisse inclure l'une dans l'autre et que l'enrichissement sans cause doit demeurer une action autonome à côté de la prestation compensatoire.

**397.**A l'opposé, le Professeur Lécuyer<sup>769</sup> critique la possibilité pour les époux de mettre en œuvre en même temps une action en enrichissement sans cause et une prestation compensatoire. Il expose deux arguments pour la disparition de l'enrichissement sans cause en cas de divorce avec possibilité de versement d'une prestation compensatoire. Le premier est que l'admission de l'action *de in rem verso* va à l'encontre du principe de concentration des effets du divorce au moment du divorce, l'action en enrichissement sans cause étant soumise à la prescription quinquennale qui, dans le cadre des relations entre conjoints, court à compter de la dissolution du mariage et donc du divorce<sup>770</sup>. Cet argument est d'autant plus important que la volonté expresse du législateur est de limiter les effets du divorce au moment du prononcé de celui-ci<sup>771</sup>. De plus, selon M. Lécuyer, admettre tardivement l'enrichissement sans cause devrait remettre en cause le calcul de la prestation intervenu précédemment.

**398.**Le second argument qui va totalement à l'encontre de celui apporté par M. Sigalas et Mme de Poulpiquet est la certitude que la prestation compensatoire ferme bien l'action en enrichissement sans cause en vertu du principe de subsidiarité. Selon M. Lécuyer, ces deux actions ont le même champ d'application. Face à ces deux tendances opposées qu'en est-il de la jurisprudence ?

### *β) La jurisprudence*

**399.**En l'état, une seule décision remet ouvertement en cause la possibilité d'une action *de in rem verso* lorsque les parties peuvent faire valoir une prestation compensatoire. Il s'agit d'un jugement du Tribunal de Châteauroux de 1984<sup>772</sup>. Dans cette affaire, l'épouse réclamait une indemnité sur le fondement de l'action *de in rem verso* pour l'aide qu'elle avait fourni à son conjoint dans le cadre du commerce tenu par ce dernier. Les juges lui ont refusé cette indemnité au motif que, depuis la loi de 1975, cette action n'avait plus lieu d'être, la prestation compensatoire permettant de dédommager l'épouse.

---

<sup>769</sup> Lécuyer Hervé, *Droit de la famille, Hors-série, Le couple en 200 décisions*, Ed. Jurisclasseur, novembre 2001, p. 126.

<sup>770</sup> Article 2236 du Code civil : « Elle [la prescription] ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité ».

<sup>771</sup> Cette idée de concentration est d'ailleurs encore très présente dans le cadre de la nouvelle réforme du divorce du 26 mai 2004, voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°546, p. 244.

<sup>772</sup> TGI Châteauroux, 13 décembre 1984, cité sous Sigalas Pierre-André et de Poulpiquet Jeanne, « Demande en paiement de prestation compensatoire et action *de in rem verso*, à propos d'un jugement du Tribunal de grande instance de Châteauroux du 13 décembre 1984 », *JCP G* 1985 I 3197.

**400.**La Cour d'appel de Paris, inversement, avait considéré que la prestation compensatoire et l'enrichissement sans cause avait deux objets différents mais pour qu'il y ait deux indemnités différentes, il était nécessaire que l'appauvrissement n'ait pas été pris en compte dans le cadre du calcul de la prestation<sup>773</sup> et la Cour d'appel de Pau suit également cette tendance<sup>774</sup>. La Cour d'appel de Bordeaux, pour sa part, a admis que la collaboration faisait partie des éléments de détermination du montant de la prestation compensatoire<sup>775</sup>. La jurisprudence des Cours d'appel ne semble donc pas unifiée en la matière.

**401.**La Cour de cassation est intervenue sur le sujet à plusieurs reprises. Elle a tout d'abord admis que la liste des éléments devant être pris en considération par le juge pour la détermination de la prestation n'était pas limitative et que les juges pouvaient donc prendre en compte dans le calcul le travail accompli bénévolement par un conjoint au profit de l'autre<sup>776</sup>. La première chambre civile<sup>777</sup> a ensuite admis que si l'action *de in rem verso* est possible parallèlement à une demande de prestation compensatoire, elle ne pourra donner lieu à indemnité que si l'appauvrissement n'a pas été pris en compte dans le cadre du calcul de la prestation compensatoire. Cette décision, dans la suite de celle de la Cour d'appel de Paris, se justifie bien par le fait qu'elle évite une véritable double indemnisation de l'époux appauvri. Enfin, cette même chambre civile a considéré dans un arrêt du 10 février 1998<sup>778</sup> que l'épouse ne peut, par une action *de in rem verso*, remettre en cause la convention définitive homologuée, revêtue de l'autorité de la chose jugée dans laquelle elle avait renoncé à solliciter une prestation compensatoire. La question se pose donc de savoir si, par cette décision, la Cour de cassation a remis en cause sa jurisprudence selon laquelle il est possible de mettre en œuvre à la fois une action en enrichissement sans cause et une demande de prestation compensatoire. M. Lécuyer penche pour cette remise en cause et donc le refus d'un enrichissement sans cause entre conjoints. En ce qui nous concerne, nous considérons que ce serait donner une portée trop importante à cette décision. En l'occurrence, l'épouse avait renoncé à une prestation compensatoire mais également à une récompense sur un fonds de commerce pour lequel elle demandait également une indemnisation sur le fondement de

---

<sup>773</sup> CA Paris, 18 avril 1991, *RTDCiv.* 1991, p. 718, n. Hauser Jean et Huet-Weiller.

<sup>774</sup> CA Pau, 23 mai 2001, *Juris-Data* n°2001-144809.

<sup>775</sup> CA Bordeaux, 26 mars 1996, *Dr. Fam.* novembre 1996, n°11 p. 14, n. Lécuyer Hervé.

<sup>776</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, *Bull.* II n°77. Voir également Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 novembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, n°53, n. Lécuyer Hervé.

<sup>777</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1993, *Bull.* I n°139.

<sup>778</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1998, *Dr. Fam.* 1998, n°53, n. Lécuyer Hervé.

l'enrichissement sans cause. On peut donc penser que les juges ont considéré qu'elle avait simplement renoncé à tous ses droits et parmi ceux-ci à une action en enrichissement sans cause, la convention représentant alors bien un accord entre les conjoints et le partage qu'ils considéraient comme le plus équilibré. Il ne nous apparaît donc pas aujourd'hui que l'action en enrichissement sans cause soit fermée par le simple fait de l'existence de la prestation compensatoire. Mais, de même que M. Delplanque<sup>779</sup>, nous considérons que le travail de l'un des conjoints peut être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de prestation compensatoire et que, si c'est le cas, ce n'est alors pas une irrecevabilité juridique qui s'oppose à l'utilisation de l'action *de in rem verso* mais une irrecevabilité factuelle. L'action *de in rem verso* viendrait alors compléter une indemnité de prestation compensatoire que le juge aurait mal calculée. La Cour d'appel de Pau a d'ailleurs reconnu, dans une décision du 23 mai 2001, qu'en principe, l'octroi d'une prestation compensatoire ne rend pas irrecevable l'action *de in rem verso* engagée par le bénéficiaire de cette prestation pour l'indemnisation de son appauvrissement, dès lors qu'il ne ressort pas du jugement de divorce que cet appauvrissement a été pris en compte pour l'évaluation de la prestation compensatoire<sup>780</sup>.

**402.**En droit français, l'enrichissement sans cause conserve donc un intérêt et la reconnaissance d'un enrichissement par un conjoint au détriment de l'autre permet alors l'octroi à ce dernier d'un droit de créance à l'encontre de son époux enrichi<sup>781</sup>. Toutefois, cette action *de in rem verso* n'est utilisée qu'avec parcimonie par les juges<sup>782</sup>. Les juges québécois, pour leur part, se sont très fortement opposés à l'application de l'action en enrichissement sans cause entre conjoints<sup>783</sup> et le législateur a dû intervenir, ainsi que nous le verrons avec la prestation compensatoire<sup>784</sup>. Mais, même si le droit français paraît plus favorable, lorsque la créance en enrichissement sans cause est reconnue, elle peut être un atout pour l'époux mais, lorsque son conjoint a d'autres dettes, la créance du conjoint appauvri ne bénéficie d'aucun privilège et se retrouve donc en concours avec les autres dettes

---

<sup>779</sup> Delplanque Hervé, « Enrichissements sans cause et rapports de famille », *Gaz. Pal.*, 18 février 1997, p. 316.

<sup>780</sup> CA Pau, 23 mai 2001, *Juris-Data* n°2001-144809.

<sup>781</sup> La Juge McLachlin reconnaît ce droit de créance dans la décision *Peter c. Beblow*, [1993] 44 *R.F.L.* (3d) 329.

<sup>782</sup> Voir Tisserand Alice, « Régimes Matrimoniaux », *JCP G* 1998 I 135, p. 869, contra Gouttenoire-Cornut Adeline, « Collaboration familiale et enrichissement sans cause » *Dr. Fam.* 1999, Chronique n°19. Voir les décisions de la première chambre civile du 20 janvier 2010, Chenédé François, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage (à propos de trois arrêts de la première chambre civile du 20 janvier 2010) », *D.* 2010, p. 718, avec un refus de reconnaissance de l'enrichissement sans cause pour les deux décisions où celui-ci était soutenu par le demandeur.

<sup>783</sup> L'enrichissement sans cause n'était réservé qu'à des cas très exceptionnels en réalité jamais prouvé, voir l'opinion du Juge Tyndale dans *Droit de la Famille – 895*, C.S. no 500-09-000044-859.

<sup>784</sup> Voir n°480 et s.

de l'époux enrichi. L'octroi d'un droit de propriété se révèle alors beaucoup plus favorable et c'est pour cette raison que la jurisprudence des provinces canadiennes de *common law* a instauré une réparation en propriété en faveur du conjoint appauvri par le biais de la fiducie par interprétation<sup>785</sup>.

### **B. La reconnaissance limitée d'un droit de propriété par l'interprétation jurisprudentielle de la volonté des parties**

**403.**La jurisprudence a cherché à protéger le conjoint appauvri en interprétant de telle façon la volonté des époux qu'elle a pu en tirer l'existence d'un droit de propriété au profit de ce conjoint. L'exemple le plus flagrant est certainement l'interprétation extensive de la fiducie par interprétation en faveur du conjoint appauvri dans le cadre de la jurisprudence des provinces canadiennes de *common law*. Ce type d'interprétation est néanmoins loin d'être propre à cette jurisprudence et si l'application de la fiducie par interprétation dans les droits français et québécois nous semble difficile à transposer, les juges arrivent à un résultat similaire en interprétant la volonté des parties de façon à y retrouver, soit une volonté de créer une société soit la volonté de rémunérer le travail du conjoint par le biais d'une donation. L'interprétation jurisprudentielle de la volonté des parties peut donc amener à reconnaître, d'une part, un droit de propriété *a posteriori* au profit du conjoint appauvri (1) mais aussi, et d'autre part, à entériner un droit de propriété existant et dont bénéficie déjà ce conjoint (2). Si ces possibilités existent, elles sont toutefois utilisées de façon limitée en raison des risques qu'elles peuvent comporter pour les tiers, la reconnaissance d'un tel droit de propriété étant en effet susceptible de vider le patrimoine du conjoint qui a bénéficié du travail de l'autre et, donc de compromettre les droits des créanciers de cet époux.

#### *1. La reconnaissance a posteriori d'un droit de propriété*

**404.**Cette reconnaissance peut se faire de deux manières. La première spécifique à la *common law* est la reconnaissance d'une fiducie par interprétation entre les conjoints (a). La seconde, plus propre aux pays de tradition civiliste, est l'emploi de la société de fait (b). Néanmoins, dans les deux cas, les juges poursuivent un même objectif : la reconnaissance d'une institution permettant l'octroi d'un droit de propriété au conjoint appauvri.

---

<sup>785</sup> Voir *Peter c. Beblow, op. cit.*

a. *L'interprétation large de la fiducie*

**405.**L'utilisation de l'enrichissement sans cause en France et au Québec conduit, si l'action aboutit, au versement de dommages-intérêts et donc à une créance au bénéfice de l'époux appauvri contre l'époux enrichi. Dans les provinces canadiennes anglophones, l'enrichissement sans cause peut aussi avoir pour conséquence la reconnaissance d'un véritable droit réel de l'époux appauvri sur certains biens de l'époux enrichi par le biais d'une fiducie par interprétation (*constructive trust*). L'époux devra donc prouver, dans un premier temps, que les conditions donnant ouverture à une action fondée sur l'enrichissement sans cause de son conjoint sont réunies ( $\alpha$ ) puis demander à ce qu'on lui reconnaisse un droit de propriété par le biais d'une fiducie par interprétation ( $\beta$ ), ce qui ne sera pas toujours des plus simples.

*$\alpha$ ) Les conditions auxquelles sera reconnue l'existence d'un enrichissement sans cause (unjust enrichment)*

**406.**Ainsi que nous le fait remarquer M. Klippert, l'enrichissement sans cause a une application plus longue et plus continue en droit français et québécois qu'en *common law*<sup>786</sup>. Il peut d'ailleurs être intéressant de remarquer que l'enrichissement sans cause est un des rares principes qui se retrouve tant dans les droits civilistes que dans la *common law* et certains auteurs québécois considèrent même que les deux systèmes se sont construits en « interrelation »<sup>787</sup>. Ceci est certainement dû à son fondement, l'équité, qui s'impose au delà des différences juridiques dans l'objectif de rendre le droit plus juste.

**407.**L'Honorable Juge Dickson dans la décision *Pettkus c. Becker*<sup>788</sup> a précisé les conditions pour établir un enrichissement sans cause en *common law*, conditions que la Cour suprême a réitéré dans la décision *Kerr c. Baranow* du 18 février 2011<sup>789</sup>. Sont ainsi nécessaires un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence d'une raison juridique pour cet enrichissement. Le juge a considéré que dans le cadre de cette affaire, il fallait également prouver un lien entre l'acquisition de la propriété et l'appauvrissement et a

---

<sup>786</sup> Klippert George, *Unjust Enrichment*, Butterworths, 1984, p. 369.

<sup>787</sup> Voir Belzile Violaine, « Enrichissement injustifié et action de in rem verso entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours », dans *Développements récents en droit familial*, 2011, Ed. Barreau du Québec, p. 44.

<sup>788</sup> *Pettkus c. Becker*, [1981] 19 R.F.L. (2d) 165. Voir Belzile Violaine, *op. cit.* p. 25.

<sup>789</sup> *Kerr c. Baranow* et *Vanasse c. Seguin* [2011] 1. R.C.S. 269.

donc posé comme condition le lien de causalité. Ainsi, quatre des cinq conditions de l'enrichissement sans cause dans les droits civilistes sont requises. Quant à la cinquième condition, soit celle de la subsidiarité, M. Klippert pense qu'elle ressort implicitement de la troisième condition citée, celle de l'absence de raison juridique pour l'enrichissement<sup>790</sup>. Il est à noter que dans la décision *Peter c. Beblow*<sup>791</sup> la Cour suprême avait établi une présomption selon laquelle, dans une union de fait longue, l'enrichissement d'une partie, implique l'appauvrissement de l'autre<sup>792</sup>, le lien de causalité résultait donc de cette présomption.

**408.** De même que dans les deux droits civilistes étudiés, des questions se sont posées quant à l'application de l'enrichissement sans cause aux relations entre époux et s'est ainsi posé, dans un premier temps, le problème de savoir si les relations entre les conjoints ne constituaient pas une justification d'un travail bénévole fourni par un conjoint au profit de l'autre.

- Les obligations conjugales comme justification de l'enrichissement

**409.** Tout comme les tribunaux français et québécois, les tribunaux de juridiction de *common law* ont pendant longtemps été réticents à reconnaître qu'une épouse puisse demander une indemnité à son conjoint pour le travail qu'elle lui avait fourni bénévolement. Ils considéraient en effet que l'épouse, en aidant son conjoint, ne faisait que remplir ses obligations conjugales.

**410.** La décision la plus connue à avoir refusé tout droit à l'épouse est la décision *Murdoch c. Murdoch*<sup>793</sup>. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont refusé d'accorder toute compensation à l'épouse en considérant que le juge de première instance avait correctement tiré les conclusions de la preuve apportée et considéré « que ce que l'appelante avait accompli durant sa cohabitation avec l'intimé était le travail qui est normalement accompli par une épouse d'un propriétaire de ranch »<sup>794</sup>. Ainsi, pendant que son époux s'enrichissait à ses dépens, l'épouse n'effectuait que son simple devoir de bonne épouse. Cette décision

---

<sup>790</sup> Klippert George, *Unjust Enrichment*, Butterworths, 1984, p. 370.

<sup>791</sup> *Peter c. Beblow*, [1993] 44 R.F.L. (3d) 329, p. 367, [1993] 1 R.C.S. 980

<sup>792</sup> Voir Belzile Violaine, « Enrichissement injustifié et action de in rem verso entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours », dans *Développements récents en droit familial*, 2011, Ed. Barreau du Québec, p. 32.

<sup>793</sup> *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423.

<sup>794</sup> *Murdoch c. Murdoch*, *op. cit.*, p. 436

particulièrement injuste devait malgré tout avoir pour conséquence de faire évoluer le droit, tant législatif avec en particulier la création des *family assets*, que jurisprudentiel.

**411.**Le revirement jurisprudentiel en la matière s’opéra avec la décision *Rathwell c. Rathwell*<sup>795</sup>. Dans cette affaire l’épouse avait aussi collaboré à l’exploitation agricole de son conjoint qui était au nom de ce dernier. L’honorable Juge Dickson a alors mis en valeur le fait que l’existence d’un mariage ne faisait pas obstacle à la possibilité d’invoquer l’existence d’un enrichissement sans cause entre conjoints<sup>796</sup>.

**412.**De même, l’amour et l’affection ne justifient pas l’enrichissement d’un conjoint au détriment de l’autre. C’est en effet ce qu’a considéré la Cour suprême dans la décision *Peter c. Beblow*<sup>797</sup> et bien que cette décision ait été rendue dans le cadre de relations entre conjoints de fait, elle est également applicable pour les relations entre époux.

**413.**Toutefois et au même titre que dans les droits français et québécois, la question de la compensation du travail domestique à la base de l’enrichissement du conjoint s’est également posée.

- Enrichissement sans cause et travail domestique

**414.**Si les premières décisions qui ont été rendues en la matière, ont eu pour objectif de compenser le travail fourni par une épouse ou une concubine dans le cadre de la profession exercée par son conjoint<sup>798</sup>, le travail au foyer peut aussi faire l’objet d’une compensation. Le principe fut d’abord reconnu dans le cadre d’unions de fait, en particulier, dans la décision *Sorochan c. Sorochan*<sup>799</sup> et plus clairement encore dans la décision *Peter c. Beblow*<sup>800</sup> considérée comme la décision de principe. Cette position fut d’ailleurs réitérée dans la décision *Kerr c. Baranow* de 2011<sup>801</sup>. Mais le travail domestique peut aussi expressément

---

<sup>795</sup> *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 1 R.F.L. (2d) 1.

<sup>796</sup> Juge Dickson : “The constructive trust, as so envisaged, comprehends the imposition of trust machinery by the court in order to achieve a result consonant with good conscience. As a matter of principle, the court will not allow any man unjustly to appropriate to himself the value earned by the labours of another. That principle is not defeated by the existence of the matrimonial relationship between the parties”, *Rathwell c. Rathwell*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>797</sup> *Peter c. Beblow*, [1993] 44 R.F.L. (3d) 329, p. 367, [1993] 1 R.C.S. 980

<sup>798</sup> *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 1 R.F.L. (2d) 1, [1978] 2 R.C.S. 436

<sup>799</sup> *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.F.L. (3d) 225, [1986] 2 R.C.S. 38

<sup>800</sup> *Peter c. Beblow*, [1993] 44 R.F.L. (3d) 329, [1993] 1 R.C.S. 980

<sup>801</sup> *Kerr c. Baranow* et *Vanasse c. Seguin* [2011] 1. R.C.S. 269.



donner lieu à une compensation au titre d'enrichissement sans cause dans le cadre du mariage. C'est ainsi que dans la décision *Clelow c. Clelow*<sup>802</sup>, la Chambre de la famille de la Cour supérieure de l'Ontario a reconnu que M. Clelow devait obtenir une compensation pour les travaux de rénovation qu'il a effectués dans la résidence familiale qui appartenait à son épouse.

**415.**Néanmoins, l'indemnisation n'a pas toujours été aussi simple à obtenir. Il a pu être nécessaire de prouver que la contribution ou les « efforts conjugaux » (« *spousal* » *efforts*) sont significatifs et, si ce n'était pas le cas, la Cour les considère comme rendus gratuitement ou sans idée de compensation<sup>803</sup>. Cette appréciation dépend de l'appréciation des juges<sup>804</sup>.

**416.**En 2011, dans la décision *Kerr c. Baranow*<sup>805</sup>, la Cour suprême a considéré que la preuve de l'existence d'une coentreprise familiale ainsi que celle d'un lien entre cette coentreprise et l'accumulation de la richesse par l'un des conjoints de fait peut donner lieu à une réparation au profit de celui-ci qui ne bénéficie pas de cet enrichissement. Quatre éléments entrent alors en compte pour déterminer l'existence d'une coentreprise familiale : l'effort commun, l'intégration économique, l'intention réelle et la priorité accordée à la famille. La preuve de ces différents éléments n'entraîne toutefois pas obligatoirement la reconnaissance d'une coentreprise familiale, les juges devant apprécier au cas par cas. La première notion d'effort conduit à déterminer si les conjoints ont agi ensemble dans un objectif commun, avec la volonté de constituer une véritable association (la volonté d'avoir des enfants pourra par exemple être prise en compte, de même que les contributions communes en argent, la mise en commun des revenus ou encore le fait que l'un des conjoints s'acquitte de tous les travaux domestiques dans le but de permettre à l'autre de poursuivre sa carrière professionnelle, sont autant d'éléments qui pourront être pris en compte). La notion d'intégration économique oblige, pour sa part à apprécier le niveau d'interdépendance et d'intégration économique entre les parties. Seront pris en considération, dans ce cadre, la mise

---

<sup>802</sup> *Clelow c. Clelow* [2004] O.J. No3468 (S.C.J.)

<sup>803</sup> Voir McLeod James G. et Mamo Alfred A., *Annual Review of Family Law*, Ed. Thomson Carswell, 2007, p. 481.

<sup>804</sup> Voir par exemple *Depauw c. Depauw*, [2004] 1 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 151. Juge Vogelsang : “[...] Mr DePauw undertook substantial renovations to the 119 Centre Street, turning the unfinished basement into an apartment. A very short time after starting work, he moved into the basement, sleeping on a mattress on a top of a piece of plywood. I accept that he literally “built the apartment around [himself]”.

<sup>805</sup> *Kerr c. Baranow* et *Vanasse c. Seguin* [2011] 1. R.C.S. 269.

en commun des économies ou l'existence d'un compte joint<sup>806</sup>. Concernant l'intention réelle des parties, il reviendra aux juges d'apprécier le mode de vie des conjoints. Les juges apprécieront également si une des parties ou les deux se sont plus particulièrement dévouées à leur relation au détriment de leur propre situation et ont ainsi priorisé le bien être de leur famille avant le leur.

**417.**Lorsque, après étude de ces différents éléments, il apparaît qu'une coentreprise familiale existe, s'il ressort qu'une des deux parties conserve une part disproportionnée des biens provenant de la coentreprise familiale, alors la Cour suprême a considéré, dans cette affaire, qu'une réparation pécuniaire est appropriée, réparation qui sera calculée en fonction de la part de ces biens qui est proportionnelle à la contribution du demandeur<sup>807</sup>. Dans le cas des conjoints de fait, la Cour suprême semble donc admettre plus simplement l'existence d'un enrichissement sans cause d'un concubin au détriment de l'autre et, dans une certaine mesure, corriger l'inexistence de l'équivalent d'un régime matrimonial en concubins.

**418.**Concernant plus particulièrement les époux, se pose en *common law* comme dans les droits de tradition civiliste, la question de la subsidiarité du recours fondé sur l'enrichissement sans cause entre conjoints, car des législations relatives aux conséquences pécuniaires du divorce existent aussi dans les provinces anglophones.

- Le problème de la subsidiarité

**419.**Les provinces canadiennes anglophones ont adopté des lois sur les conséquences pécuniaires du divorce et certaines des institutions mises en place sont susceptibles de fermer tout recours à l'action *de in rem verso* entre les ex-conjoints. Ainsi, dans la décision *Rawluk c Rawluk*<sup>808</sup>, la Cour suprême a considéré que l'enrichissement sans cause ne pouvait être invoqué, le *Family Law Act* de 1986 de l'Ontario permettant à l'épouse d'avoir une action en réparation légale contre son mari. Le principe de subsidiarité qui n'était pas clairement énoncé dans les décisions précédemment étudiées, prend ainsi toute son importance.

---

<sup>806</sup> Voir Belzile Violaine, « Enrichissement injustifié et action de in rem verso entre conjoints de fait – Comme si l'amour allait durer toujours », dans *Développements récents en droit familial*, 2011, Ed. Barreau du Québec, p. 94.

<sup>807</sup> Drapeau Murielle, Collection de droit 2014-2015, *Volume 3 – Personnes, famille et successions, Titre II – Le droit familial, Chapitre II – La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal*, 2014, p. 144 et s.

<sup>808</sup> *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 23 R.F.L. (3d) 337

**420.** La Cour suprême a alors envisagé une coordination entre l'enrichissement sans cause et les régimes légaux. La Cour suprême du Canada a ainsi fait valoir que l'intérêt que peut avoir un époux dans le cadre d'une fiducie par interprétation doit être intégré dans le calcul du patrimoine familial tel que déterminé par le *Family Law Act* de l'Ontario. De plus, si un tribunal, constatant l'enrichissement d'un des époux, admet le versement de dommages-intérêts au lieu d'octroyer un droit de propriété sur le fondement d'une fiducie par interprétation, ces dommages-intérêts devront être inclus dans les calculs de partage du patrimoine de la famille et des créances d'un époux envers l'autre<sup>809</sup>. Dans la décision *Trotter c. Trotter*<sup>810</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario a même admis la possibilité de reconnaître un droit de propriété après le divorce en faveur d'un conjoint sur le fondement d'une fiducie par interprétation. Elle a ainsi retenu la position du juge du fond qui, tout en admettant que les droits de la conjointe sur la résidence familiale avaient été déterminés au moment du divorce, lui a accordé, en plus, en s'appuyant sur la fiducie par interprétation, la moitié de la plus-value de cette résidence familiale ainsi que la moitié du fond de retraite de l'ex-conjoint<sup>811</sup>. La possibilité de mettre en œuvre une action en enrichissement sans cause entre conjoints n'est ainsi pas totalement fermée, même après le prononcé du divorce et le partage des biens.

**421.** La compensation de la contribution fournie par l'un des conjoints par le biais de l'enrichissement sans cause semble donc mieux acceptée dans le cadre du droit des provinces de *common law* qu'en droit français et, a fortiori, en droit québécois. Il peut, de plus, donner droit à une indemnisation plus avantageuse, que dans ces deux droits, avec la possibilité pour le juge d'octroyer à l'époux appauvri soit une indemnisation sous forme de dommages-intérêts soit un droit de propriété sur le fondement d'une fiducie par interprétation.

*β) La fiducie comme mode de compensation*

**422.** Les droits de tradition civiliste, lorsqu'ils considèrent qu'il y a eu un enrichissement sans cause, ne le compensent que par un droit de créance. Le droit des provinces de *common law* se montre, en revanche, favorable aux conjoints appauvris puisqu'il permet à ces derniers

---

<sup>809</sup> *Clelow c. Clelow* précédemment cité, voir également McLeod James G., Mano Alfreds, *Annual Survey of Family Law*, Ed. Carswell, 2002, p. 311.

<sup>810</sup> *Trotter c. Trotter*, 42 R.F.L. (4th) 117

<sup>811</sup> Sur l'ensemble de ces questions voir McLeod James G., Mano Alfreds, *Annual Survey of Family Law*, Ed. Carswell, 2002, p. 310 et s.

RRSP : Registered Retirement Savings Plan : Régime enregistré d'épargne-retraite

d'obtenir également à titre de compensation un véritable droit de propriété. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a en effet fait preuve de beaucoup d'audace, et s'est ainsi distinguée de la jurisprudence des cours de justice anglaises, en étendant la fiducie par interprétation à l'enrichissement sans cause entre conjoints. Elle a alors admis un second type de dédommagement à côté de l'octroi d'un droit de créance, l'octroi d'un droit de propriété<sup>812</sup>.

**423.** Afin de comprendre l'utilisation de la fiducie par interprétation dans le cadre des relations entre conjoints, il nous paraît utile avant tout de déterminer ce qu'est une fiducie (*trust* en anglais) ainsi qu'une fiducie par interprétation avant de nous intéresser à la jurisprudence relative à cette fiducie dans le cadre des relations entre ex-conjoints. Enfin, nous essayerons de voir dans quelle mesure il serait possible d'introduire la fiducie par interprétation dans les relations entre conjoints dans le cadre des droits de tradition civiliste.

### ➤ Notions de fiducie

**424.** La fiducie, ainsi que nous l'explique Mmes Bélanger-Hardy et Grenon<sup>813</sup>, est un concept très souple issu de l'*equity*. Il peut être défini de la façon suivante : « une fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire, détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou plusieurs personnes, appelées bénéficiaires (*cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier »<sup>814</sup>. Le fiduciaire est donc propriétaire en *common law* des biens qui lui ont été remis et doit donc exercer les droits sur ces biens dans l'intérêt des bénéficiaires de la fiducie qui eux sont, également, propriétaires de ces mêmes biens mais, cette fois-ci, non pas selon la *common law* mais selon l'*equity*. Chacun est donc propriétaire mais à un titre différent et l'intérêt pour le bénéficiaire est qu'il ne détient pas un droit personnel, de créance, mais bien un droit réel sur les biens sur lesquels porte la fiducie. Les fiducies, dans les droits de tradition de *common law*, peuvent être soit expresses soit judiciaires<sup>815</sup>.

---

<sup>812</sup> Voir Moffat Graham, *Trusts Law*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 1999, p. 485 et s.

<sup>813</sup> Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Ed. Carswell, 1997, p. 469 et s. Pour une approche plus anglaise du trust voir également Penner J. E. *The Law of Trusts*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford, 2010 ; Halliwell Margaret, *Equity and Trusts*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Old Bailey Press, 2000 ; Moffat Graham, *Trusts Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 2006 ; Pearce Robert et Stevens John, *The Law of trusts and equitable obligations*, Ed. Oxford University Press, 2006 ; Watt Gary, *Trust and Equity*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford, 2012, Bray Judith, *A student's guide to Equity & Trust*, Ed. Cambridge University Press, 2012. Voir également Hovius Berend et Youdon Timothy G., *The Law of Family Property*, Ed. Carswell, 1991, p. 87 et s.

<sup>814</sup> Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *op. cit.* p. 469.

<sup>815</sup> Voir Halliwell Margaret, *op. cit.* p. 2 et s.

- *les fiducies expresses*

**425.** Les fiducies expresses sont créées par les parties pour diverses raisons. Elles peuvent concerner des intérêts privés mais aussi avoir un but caritatif. Pour être valablement conclues, les fiducies privées, par exemple doivent remplir différentes conditions comme, en particulier, la certitude quant à l'intention des parties, la détermination du bien placé en fiducie ou encore des bénéficiaires de celle-ci. De plus, il est interdit de faire des fiducies perpétuelles ou encore d'aliéner le bien pendant la fiducie. Mais, dans certains cas, bien que ces conditions ne soient pas remplies, la jurisprudence va déceler dans un rapport entre les particuliers un véritable lien fiduciaire et va alors créer des fiducies judiciaires.

- *Les fiducies judiciaires*

**426.** Les fiducies judiciaires sont de deux types : réversives ou par déduction, ou résultoire (*resulting trusts*) ; et par interprétation ou constructoire (*constructive trusts*). La distinction entre ces deux types de fiducie n'est cependant pas toujours simple à faire et leurs domaines d'application peuvent se chevaucher<sup>816</sup>. Dans le cadre des relations entre conjoints, nous aurons d'ailleurs l'occasion de constater que ces deux notions peuvent s'avérer particulièrement proches<sup>817</sup>.

**427.** La fiducie réversive (ou résultoire) (*resulting trust*) peut prendre naissance de deux façons<sup>818</sup>. La première est lorsque la fiducie expresse n'est pas validée par les tribunaux en raison de l'absence d'une des conditions nécessaires à sa constitution. Afin de « sauver » cette fiducie, les tribunaux peuvent ainsi reconnaître son existence sur le fondement de l'*equity* alors que celle-ci ne respecte pas les règles de la *common law* et est donc inexistante selon celles-ci<sup>819</sup>. L'*equity* joue alors un rôle de correctif. Les juges valideront a posteriori cette fiducie. Celle-ci ne sera pas expresse mais réversive, ce qui permettra de la valider. Le second cas de fiducie réversive est celui où une présomption de fiducie peut également être établie « lorsqu'une personne utilise ses fonds pour acheter un bien qu'elle place au nom d'une tierce

<sup>816</sup> Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *op. cit.* p. 492.

<sup>817</sup> Voir en particulier la décision *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 1 R.F.L. (2d) 1, dans laquelle la Cour suprême analyse les deux fiducies dans le cadre de relations matrimoniales.

<sup>818</sup> Bray Judith, *A student's guide to Equity & Trust*, Ed. Cambridge University Press, 2012, p. 122 et s.

<sup>819</sup> Le droit de l'*equity* permet alors de valider en équité ce qui ne l'était plus suivant les règles strictes de la *common law*. Il apparaît alors comme un droit « correcteur ».

personne ou qu'elle détient conjointement avec une tierce partie »<sup>820</sup>. Cela peut très bien être le cas lorsque l'un des deux époux achète un bien au nom de l'autre, ce qui est loin d'être rare. Le droit ontarien prévoit par ailleurs expressément une présomption de fiducie réversive en cas d'achat de biens en commun par les deux époux<sup>821</sup>.

**428.**La présomption d'existence de cette fiducie réversive peut toutefois tomber si l'on apporte la preuve que celui qui a fourni les fonds, avait l'intention de les donner à celui au nom duquel est le bien, et non de le traiter comme un simple fiduciaire en charge de la gestion du bien. Ainsi, s'il est prouvé que le conjoint généreux a agi dans l'intention de faire une libéralité à son époux, il ne sera plus possible pour ce conjoint de faire valoir l'existence d'une fiducie réversive pour récupérer le bien.

**429.**La fiducie par interprétation est beaucoup plus difficile à cerner et est une œuvre jurisprudentielle encore en construction<sup>822</sup>. Alors qu'originellement, la jurisprudence l'appliquait dans le cadre de relations fiduciaires, qui, sans être une fiducie, pouvaient s'apparenter à celle-ci, comme, par exemple, dans le cadre des relations de confiance pouvant exister entre un administrateur et la société qu'il dirige<sup>823</sup>, la fiducie par interprétation a vu son champ d'application progressivement élargi par la jurisprudence canadienne et elle est utilisée aujourd'hui au Canada comme moyen de réparation lorsqu'il y a un enrichissement sans cause. Elle permet ainsi de conférer des droits réels sur un bien, alors même qu'il n'existerait pas de relations fiduciaires entre les parties<sup>824</sup>, ce qui est en particulier le cas dans le cadre du mariage.

**430.**De cette évolution jurisprudentielle, il ressort deux types de fiducie par interprétation<sup>825</sup>. La première est qualifiée d'institutionnelle<sup>826</sup>. Cette catégorie de fiducie intervient a posteriori

---

<sup>820</sup> Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Ed. Carswell, 1997, p. 493.

<sup>821</sup> Sect. 14, *Family Law Act.*, R.S.O. 1990, c. F.3.

<sup>822</sup> Voir Penner J. E. et Padfield Nicola, *The Law of Trusts*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 2002, p. 121 et s., ainsi que Bray Judith, *A student's guide to Equity & Trust*, Ed. Cambridge University Press, 2012, p. 140 et s., pour la vision anglaise et Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, op. cit. p. 495 et s. pour la vision canadienne.

<sup>823</sup> Il existe par exemple un rapport fiduciaire entre un administrateur et la société qu'il dirige. Si l'administrateur conclut en son nom un contrat très profitable qui en réalité aurait dû être signé au nom de la société alors la jurisprudence considère qu'il y a une fiducie par interprétation en faveur de la société, voir Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, p. 495.

<sup>824</sup> Bélanger-Hardy Louise et Grenon Aline, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Ed. Carswell, 1997, p. 496.

<sup>825</sup> Pettit Philip H., *Equity and the law of trust*, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 66 et s.

pour reconnaître une fiducie dans une situation où les parties n'ont tout simplement pas exprimé une quelconque volonté de constituer une telle fiducie. Cette dernière sera par exemple reconnue dans le cadre d'une vente d'un immeuble : jusqu'à ce que la vente soit devenue parfaite, le vendeur sera considéré comme fiduciaire pour l'acheteur. On considère que cette fiducie peut intervenir dans deux cas très différents. Le premier est lorsqu'une personne a assumé, sans avoir été nommée pour cela, toutes les obligations d'un fiduciaire dans le cadre d'une transaction tout à fait légale. Le second cas est celui où une fraude ou un crime est intervenu. Le principe est que le criminel ne doit pas bénéficier de sa fraude ou de son crime. Un exemple de cette fiducie peut être retrouvé dans le cas d'un mari qui a assassiné sa femme puis a ensuite hérité d'elle. Si on découvre qu'il est le meurtrier, il sera considéré comme un simple fiduciaire de la succession et non comme le propriétaire de celle-ci<sup>827</sup>. Ce type de fiducie est influencé par la doctrine et le droit anglais qui la considère simplement comme une catégorie de fiducie autonome au même titre que la fiducie expresse<sup>828</sup>.

**431.** Le second type de fiducie par interprétation, inspiré du droit américain<sup>829</sup>, se voit, pour sa part attribuer un rôle de remède (*remedy*) et serait donc en quelque sorte une fiducie par interprétation « réparatrice » (*remedial* ou *restitutionary* selon certains auteurs<sup>830</sup>). Elle interviendrait alors dans le cadre de l'enrichissement sans cause comme un moyen de réparer le dommage subi par celui qui s'est appauvri au même titre que les dommages-intérêts. Cette différenciation n'est pas toujours très claire dans les décisions de la Cour suprême du Canada et la nature même de cette fiducie par interprétation réparatrice n'est pas encore très claire<sup>831</sup>. La jurisprudence en matière de relations entre conjoints paraît bien cependant être la première à avoir reconnu la fiducie en tant que remède de l'enrichissement sans cause en droit canadien.

---

<sup>826</sup> Voir McLeod James G, note sous *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 R.F.L. (3d) 225, et plus particulièrement p. 226. M. McLeod distingue ainsi l'*institutionnal constructive trust* du *restitutionary constructive trust*.

<sup>827</sup> Voir Pearce Robert et Stevens John, *The law of trusts and equitable obligations*, Ed. Oxford University Press, 2006, p. 273.

<sup>828</sup> Elle est alors vue comme une « substantive institution », voir Dewar John L., « The Development of the Remedial Trust », [1982] 60 R. du B. Can. 265, et plus particulièrement p. 267.

<sup>829</sup> Voir Dewar John L., *op. cit.*, p. 266, le droit américain considère le « constructive trust » comme un simple remède à l'enrichissement sans cause et non comme une institution indépendante.

<sup>830</sup> Voir McLeod James G, note sous *Sorochan v. Sorochan*, [1986] 2 R.F.L. (3d) 225, et plus particulièrement p. 226.

<sup>831</sup> Voir McLeod James G., Mano Alfreds, *Annual Survey of Family Law*, Ed. Carswell, 2002, p. 303 et 304.

**432.** Bien que les fiducies réversives et par interprétation soient toutes deux d'origine jurisprudentielle et qu'elles soient, comme nous le verrons, parfois utilisées cumulativement par la jurisprudence pour un même cas, il est nécessaire de les distinguer. La fiducie par interprétation se démarque de la fiducie réversive par le fait que, si la fiducie réversive contient un minimum d'intention commune des parties de créer un lien soit de fiducie en lui-même, lorsque la fiducie expresse est invalide, soit un lien proche de la fiducie, dans le cadre de la fiducie par interprétation, il n'existe, en revanche, aucune intention commune. Le juge doit donc tirer des faits les éléments lui permettant de déterminer une fiducie par interprétation sur un bien et non, comme dans le cadre de la fiducie réversive, de la commune intention des parties. La fiducie par interprétation peut donc être utilisée plus largement que la fiducie réversive et cette dernière est généralement limitée par les juges aux seuls cas d'acquisition d'un bien en commun par les deux conjoints<sup>832</sup>.

**433.** La fiducie par interprétation, dans le cadre des relations entre conjoints, peut donc permettre à un conjoint qui s'est appauvri d'obtenir, en réparation d'un enrichissement injustifié, un droit de propriété sur un ou des biens de son époux. Ce droit est fondamental dans le sens où ce conjoint aura un droit supérieur à celui des créanciers personnels de son époux sur ses biens. Ce droit réel accordant plus qu'une simple sûreté, il peut alors sembler nécessaire de limiter l'existence de cette fiducie au cas où une réparation pécuniaire serait insuffisante et où il existe un lien important entre la prestation fournie et le bien sur lequel l'époux appauvri souhaite avoir un droit. A cet égard, toutefois, la jurisprudence canadienne est demeurée assez floue, dans un premier temps, mais s'est clarifiée par la suite.

➤ **L'utilisation jurisprudentielle de la fiducie par interprétation dans les relations entre conjoints**

**434.** La reconnaissance de l'existence d'une fiducie par interprétation comme réparation d'un enrichissement entre conjoints ne s'est pas faite sans heurts et a nécessité un certain nombre de décisions avant d'être clairement reconnue. Elle était pourtant essentielle, puisque la jurisprudence canadienne, contrairement à la jurisprudence anglaise, refusait de reconnaître la notion de *family assets* et donc le partage possible des biens familiaux entre les conjoints à

---

<sup>832</sup> Hovius Berend et Youdon Timothy G., *The Law of Family Property*, Ed. Carswell, 1991, p. 106.



partir du moment où ils avaient tous les deux participé aux charges du ménage<sup>833</sup>. La fiducie par interprétation apparaissait alors comme la seule possibilité pour le conjoint appauvri d'obtenir un droit de propriété.

**435.** Une des premières affaires dans laquelle a été envisagée la fiducie par interprétation devant la Cour suprême, est l'affaire *Murdoch c. Murdoch*<sup>834</sup> précitée. Ainsi, dans son opinion dissidente, l'honorable Juge Laskin considérait, contrairement à l'opinion majoritaire selon laquelle Mme Murdoch ne devait avoir droit à aucune compensation, que refuser un dédommagement à cette dernière correspondrait à un enrichissement sans cause au profit son mari. La Cour, selon lui, aurait donc dû accorder à Mme Murdoch un véritable droit de propriété sur les biens de son mari par le biais d'une fiducie par interprétation<sup>835</sup>. Ce fut cette opinion dissidente qui, à la suite du scandale engendré par cette affaire et à la forte réaction de l'opinion publique, devait devenir l'opinion majoritaire.

**436.** La première reconnaissance d'une fiducie par interprétation entre époux par la Cour suprême du Canada a été consacrée en 1978 dans l'affaire *Rathwell c. Rathwell*<sup>836</sup> de 1978. En l'espèce, les époux, qui s'étaient mariés en 1944, avaient déposé leurs revenus dans un compte commun tout au long du mariage. Trois terrains avaient été achetés par le couple au nom du mari au cours de l'union. Les conjoints étaient fermiers et l'épouse participait à l'entreprise et, en plus de gérer le foyer, s'occupait du potager de la ferme et des récoltes, trayait les vaches, conduisait les machines agricoles et tenait les livres de comptes de l'exploitation.

**437.** A la suite de la dissolution du mariage, l'épouse a intenté une action pour faire reconnaître son droit à la moitié des biens de son mari, meubles et immeubles. Le juge de première instance rejeta sa demande. Ce jugement fut renversé par la Cour d'appel et le mari s'est pourvu devant la Cour suprême.

---

<sup>833</sup> Voir Dewar John L., « The Development of the Remedial Trust », [1982] 60 *R. du B. Can.* 265, et plus particulièrement p. 291 qui explique l'apparition de cette notion de *family assets* en droit anglais. Il faudra attendre les lois des provinces anglophones de la fin des années soixante-dix début des années quatre-vingt pour voir l'apparition de cette notion dans le cadre des régimes matrimoniaux avec, par exemple, le *Family Law Reform Act* de l'Ontario de 1978.

<sup>834</sup> *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, voir n°406.

<sup>835</sup> *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, p. 457.

<sup>836</sup> *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 1 R.F.L. (2d) 1

**438.**La Cour suprême rejeta le pourvoi. Le Juge Dickson, s'exprimant pour la majorité, a reconnu l'existence d'une fiducie réversive entre les conjoints au motif qu'une intention commune des parties de partager les biens dont un seul des conjoints est propriétaire, existait. Selon lui, cette intention était en effet déterminée au vu de tous les agissements des parties, l'épouse, qui n'était pas propriétaire des biens, ayant contribué en argent ou en nature à l'acquisition de ces biens. Le juge Dickson retint les deux types de fiducies judiciaires et ce, sans les différencier. Cette position fut alors critiquée par le Juge Martland, dans son opinion dissidente. Celui-ci soulignait effectivement que la fiducie par interprétation était une solution d'exception et qu'elle ne pouvait être indéfiniment étendue<sup>837</sup>. En l'occurrence l'existence d'un compte commun et le fait que les revenus des conjoints étaient versés sur ce compte pouvait permettre de penser que la fiducie applicable était plutôt une fiducie réversive et non une fiducie par interprétation puisque l'épouse participait par ce biais à l'achat des biens meubles et immeubles.

**439.**Cette jurisprudence Rathwell ne détermina donc pas avec précision les champs d'application des deux fiducies. La Cour suprême a alors tenté d'éclaircir le droit en vigueur dans deux décisions relatives aux conjoints de fait *Pettkus c. Becker*<sup>838</sup> et *Peter c. Beblow*<sup>839</sup>. Ces décisions bien que ne concernant pas des époux mariés, sont fondamentales en la matière et ont déterminé la démarche qui doit être suivie par le juge pour établir une fiducie par interprétation dans les relations entre époux.

**440.**Dans la décision *Pettkus c. Becker* rendue en 1980, la décision de la majorité rendue par le Juge Dickson<sup>840</sup> a tout d'abord mis en valeur la nécessité d'une volonté expresse des deux parties pour conclure à l'existence d'une fiducie réversive ; à défaut d'une telle volonté, ce qui était le cas en l'occurrence, seule une fiducie par interprétation sera acceptée.

**441.**La possibilité d'invoquer une fiducie réversive entre époux a ainsi été admise dans la décision *Launchbury c. Launchbury*<sup>841</sup> de la Cour suprême de l'Ontario. Dans cette affaire, la maison était au nom de l'épouse mais le mari en avait financé une partie. Ce dernier ne souhaitait pas que la propriété soit à son nom car il occupait un emploi dangereux au sein de

---

<sup>837</sup> *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 1 R.F.L. (2d) 1, p. 33.

<sup>838</sup> *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834

<sup>839</sup> *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980

<sup>840</sup> *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 841 et s.

<sup>841</sup> *Launchbury c. Launchbury*, [2001] O.J. No 1516 (Ont. S.C.J.).

la police. Le juge, considérant que Madame savait que son conjoint voulait simplement que la maison soit au nom de son épouse pour des raisons de sécurité et non pas la lui offrir, a conclu à l'existence d'une fiducie réversive.

**442.**Dans le cas où la commune intention ne peut être prouvée, une fiducie par interprétation peut être cependant établie. Toutefois, le fait qu'il y ait un enrichissement sans cause n'emporte pas toujours la reconnaissance d'une telle fiducie. En effet, la reconnaissance systématique d'une fiducie par interprétation pourrait s'avérer dangereuse pour les tiers et, en particulier, les créanciers des époux. La Cour suprême est également intervenue dans la seconde décision, *Peter c. Beblow*<sup>842</sup>, pour limiter le champ d'application de la fiducie par interprétation comme remède à l'enrichissement sans cause d'un conjoint au détriment de l'autre.

**443.**Dans cette décision, la Juge McLachlin qui s'est prononcée au nom de la majorité, a considéré que pour qu'une fiducie par interprétation soit reconnue sur un bien au profit du conjoint qui se serait appauvri, il est nécessaire qu'il y ait un lien direct entre le bien et la contribution de ce conjoint et que la réparation par le biais d'une indemnité soit insuffisante<sup>843</sup>. Elle a considéré toutefois qu'il revient au juge du fond le soin d'apprécier les faits.

**444.**Cette dernière décision paraît donc limiter l'utilisation de la fiducie par interprétation à des cas déterminés, répondant ainsi aux critiques qui avaient pu être faites à une extension trop importante de son domaine d'application considérant le danger qu'elle représente pour les créanciers des conjoints<sup>844</sup>. Néanmoins cette possibilité d'établissement d'un droit de propriété est particulièrement importante pour le conjoint appauvri dans la mesure où elle lui assure une meilleure sécurité plutôt qu'une simple réparation en argent. Madame la Juge McLachlin précisait d'ailleurs à cet effet que les juges devaient envisager la possibilité de paiement d'une indemnité, mais que si le débiteur se révélait insolvable, la fiducie par interprétation était alors la meilleure solution pour éviter cette insolvabilité.

---

<sup>842</sup> *Peter c. Beblow*, op. cit.

<sup>843</sup> Cette position a été réitérée dans *Kerr c. Baranow* et *Vanasse c. Seguin* [2011] 1. R.C.S. 269.

<sup>844</sup> Voir Scane Ralph A., « Relationships « Tantamount to spousal », unjust enrichment, and constructive trusts », [1991] 70 *R. du B.Can.* 260, et plus particulièrement p. 299-301.

**445.** Si la décision *Peter c. Beblow* a permis de clarifier la situation, l'octroi ou non d'un droit de propriété en vertu d'une fiducie par interprétation dépend encore largement de l'appréciation des circonstances par les juges du fond. M. Melamed et Mme Brull<sup>845</sup> pensent toutefois qu'il serait possible, dans la jurisprudence, de dégager une tendance générale liée à la durée de l'union. Pour ces auteurs, la tendance des tribunaux serait d'octroyer des dommages-intérêts lorsque la relation a été de courte durée et une fiducie par interprétation si la relation a été longue.

**446.** L'évolution de la fiducie par interprétation comme remède à l'enrichissement injustifié de l'un des conjoints au détriment de l'autre a donc été fondamentale dans le droit des provinces de *common law*. En effet, avant la décision rendue dans l'affaire *Rathwell*, le conjoint, et généralement la conjointe, ne pouvait obtenir aucun droit en propriété, la jurisprudence canadienne refusant toujours de reconnaître que certains biens familiaux puissent être partagés entre les conjoints en vertu de la théorie des *family assets*, théorie élaborée par la jurisprudence anglaise pour reconnaître la collaboration des deux conjoints dans le mariage<sup>846</sup>. Aujourd'hui dans les provinces canadiennes anglophones, comme par exemple l'Ontario<sup>847</sup>, on a adopté des lois instituant des régimes matrimoniaux ainsi que le partage a posteriori d'un certain nombre de biens et valeurs entre les conjoints au moment du divorce ou du décès. Il demeure des cas où la liquidation de ces régimes n'est pas suffisante. La fiducie par interprétation reste alors particulièrement favorable pour le conjoint marié ou de fait appauvri et lui permet de pouvoir obtenir un droit de propriété sans pour autant avoir à apporter la preuve d'une entente explicite ou implicite à cet effet. Elle offre alors une sécurité supérieure à un simple droit de créance, sécurité qui est loin d'être assurée dans les droits civilistes. Il peut alors être intéressant de s'interroger sur une possible utilisation de la fiducie dans les droits français et québécois.

---

<sup>845</sup> Melamed Daniel et Brull Stefanie, « Constructive/Resulting Trust : A Review of where We Were and Where We Are Going », [2003] *Money & Family Law* 57, et plus particulièrement p. 62.

<sup>846</sup> Dewar John L., « The Development of the Remedial Constructive Trust », [1982] 60 *R. du B. Can.* 265, et plus particulièrement p. 297.

<sup>847</sup> *Family Law Act* 1990, R.S.O. 1990, c. F.3. Après avoir adopté en 1978 le régime des *family assets* et donc le partage par le juge au moment du divorce d'un certain nombre de biens déterminés, le législateur ontarien, suite aux problèmes d'interprétation que posait ce régime, a mis en œuvre en 1986 puis 1990 un nouveau régime proche de la société d'acquêts québécoise.

## ➤ La fiducie dans les droits de tradition civiliste ?

**447.**La fiducie, en raison de son origine anglaise, s'applique essentiellement dans les provinces canadiennes anglophones. Néanmoins, depuis 1994, le nouveau Code civil du Québec prévoit également des dispositions relatives à la fiducie<sup>848</sup>. Celle-ci est strictement déterminée et encadrée par le Code civil du Québec et est limitée dans le temps, ne pouvant dépasser 100 ans<sup>849</sup>. Elle est envisagée comme un patrimoine d'affectation et ne peut être qu'expresse ou légale. Différents cas de fiducies sont en effet prévus dans le Code<sup>850</sup>. Les époux qui veulent en bénéficier doivent donc la mettre en œuvre eux-mêmes de façon contractuelle. Il est toutefois à noter que certains époux utilisent ce dispositif pour faire échapper certains de leurs biens au patrimoine familial et les tribunaux cherchent alors à interpréter la volonté réelle de l'époux qui a utilisé l'institution fiduciaire afin, le cas échéant de réintégrer les biens inclus dans la fiducie dans le patrimoine familial<sup>851</sup>.

**448.**Il en est de même en droit français où la fiducie a été introduite par la Loi du 21 février 2007<sup>852</sup>. Toutefois, cette fiducie avait originellement un domaine d'application beaucoup plus

---

<sup>848</sup> Art. 1260 et s. du C.c.Q.

<sup>849</sup> Art. 1272 C.c.Q.

<sup>850</sup> Elle peut ainsi être créée à des fins personnelles ou à des fins d'utilité privée ou sociale, art. 1266 C.c.Q.

<sup>851</sup> Armstrong Marie-Claude, Brisson Julie et Bonnaville Laure, « La fiducie en droit familial : à l'abri de qui et de quoi », dans *Développement récents en droit familial* 2013, p. 369.

<sup>852</sup> Loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Pour des commentaires de cette loi voir : Dupichot Philippe, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007 Actualités p. 121 ; Kuhn Céline, « Une fiducie française », *Droit et patrimoine* 2007, avril p. 32 ; Douet Frédéric, « Présentation de la loi instituant la fiducie », *Dr. Fam.* 2007, juin p. 20 ; Delfosse Alain et Péniguel Jean-François, « Premières vues sur la fiducie », *Rép. Def.* 2007 Art. 38571 p. 581. Cette loi a été adoptée la suite de la proposition du sénateur Marini, *Proposition de loi instituant la fiducie* déposée par le sénateur Marini le 8 février 2005, *Proposition n°178*, Sénat, session ordinaire 2004-2005, trouvée sur <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>. Depuis la loi de 2007, trois textes législatifs sont intervenus pour modifier le régime de cette nouvelle fiducie : la loi 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses dispositions relatives à la fiducie et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures ; voir Burgard Marlène, « La fiducie après la loi du 4 août 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009 », *Petites affiches*, 24 août 2009, n° 168 p. 3 ; Jadaud Bernard, « Le régime juridique et la fiducie », *Petites affiches*, 10 juin 2009, n° 115, p. 5. Une nouvelle modification aurait dû intervenir avec l'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et améliorer le fonctionnement des marchés financiers. L'objectif de cet article était de pouvoir accueillir la finance islamique en droit français et pour cela introduisait la notion de « propriété fiduciaire » et aurait ainsi amené à juxtaposer deux droits de propriété simultanés, situation qui avait été totalement remise en cause par la révolution et qui était une des grandes caractéristiques de l'ancien droit. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 14 octobre 2009 a déclaré cet article inconstitutionnel en le qualifiant de cavalier législatif. Il a ainsi permis d'éviter la dénaturation de la notion française de propriété, voir Aynès Laurent et Crocq Pierre, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 2559. Pour une analyse globale et historique de la fiducie en droit français voir Witz Claude, « Fascicule 10 Fiducie – Introduction et constitution », *Jurisclasseur Civil*, Mise à jour du 8 mars 2012. Voir également Desbuquois Jean-François, « Dossier Fiducie et famille : Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs », *AJ. Fam.* 2015 p. 196.

réduit que son homologue québécoise car même si le bénéficiaire peut être une personne physique<sup>853</sup>, seules les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés pouvaient être constituants<sup>854</sup> et seul un établissement de crédit mentionné à l'article 511-1 du Code monétaire et financier, une entreprise d'investissement ou une entreprise d'assurance pouvaient être fiduciaires<sup>855</sup>. L'exclusion des personnes physiques comme constituants faisait ressortir les réticences qui existaient encore en France face à la fiducie qui était envisagée comme une possibilité d'évasion fiscale ou de dérogation aux règles successorales<sup>856</sup>. La Loi dite de modernisation économique du 4 août 2008 a ouvert la fiducie en permettant désormais aux personnes physiques de constituer des fiducies<sup>857</sup> dans un objectif de garantie et de gestion. Cette possibilité n'est néanmoins pas ouverte aux personnes sous tutelle et aux mineurs<sup>858</sup>. La nouvelle loi permet également aux avocats d'agir à titre de fiduciaires<sup>859</sup> et a étendu la durée limite de la fiducie à 99 ans<sup>860</sup>.

**449.**En ouvrant plus largement la fiducie, cette dernière loi a effectuée une évolution fondamentale en droit français en remettant en cause le principe de l'unicité du patrimoine si chère au droit français<sup>861</sup>. Toutefois, le contrat de fiducie lorsqu'il procède d'une intention libérale demeure toujours nul et cette nullité est d'ordre public<sup>862</sup>. Son utilité pourra alors apparaître limitée lorsque l'on cherchera avant tout à gratifier un conjoint.

**450.**Depuis la loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2009<sup>863</sup>, les époux peuvent créer une fiducie. Celle-ci ne peut être qu'expresse et suivre un objectif de garantie et de gestion. La fiducie par interprétation, jurisprudentielle, semble pour l'instant totalement fermée en droit français, puisque seuls la loi et le contrat peuvent être sources de fiducie<sup>864</sup>. Une fiducie par interprétation telle qu'elle existe aujourd'hui dans le droit des provinces anglophones au Canada semble donc difficilement envisageable en France.

---

<sup>853</sup> Nouvel Art. 2016 C. civ.

<sup>854</sup> Art. 2014 C.civ.

<sup>855</sup> Nouvel Art. 2015 C.civ.

<sup>856</sup> Voir Kuhn Céline, *op. cit.* p. 37.

<sup>857</sup> L'article 2014 du Code civil qui limitait les catégories de personnes pouvant constituer une fiducie a ainsi été abrogé.

<sup>858</sup> Voir Roussel Frédéric et Mroz Hubert, « Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie », *Droit & Patrimoine* octobre 2008, p. 32.

<sup>859</sup> Voir Roussel Frédéric et Mroz Hubert, *op. cit.*, p. 31.

<sup>860</sup> Nouvel article 2018 du Code civil.

<sup>861</sup> Voir Roussel Frédéric et Mroz Hubert, *op. cit.*, p. 31.

<sup>862</sup> Voir Douet Frédéric, *op. cit.* p. 21

<sup>863</sup> Article 18 de la Loi n°2008-776 de modernisation de l'économie.

<sup>864</sup> Article 2012 du Code civil.

**451.** Il semble peu probable que la fiducie par interprétation puisse un jour avoir une quelconque application dans les relations entre conjoints en droit français et québécois. Même si elle s'avère très favorable au conjoint appauvri, elle est trop éloignée conceptuellement de ces deux droits.

**452.** Cette différence entre les droits s'explique peut-être par le fait que la *common law* est un système de droit inductif alors que celui des droits romano germaniques est déductif. Le système déductif repose sur le raisonnement selon lequel on part d'une règle générale et abstraite pour dégager une solution à un cas concret, alors qu'au contraire le système inductif repose sur l'idée que l'on part d'un cas concret pour déterminer une règle générale. Le système de *common law* se montre alors beaucoup plus ouvert à l'établissement de droits a posteriori et la fiducie par interprétation relève bien de cette idée selon laquelle on peut après coup retrouver une fiducie dans la volonté des parties voire même aller au-delà, de leur simple attitude. Les droits des pays de tradition romano germanique laissent pour leur part une place beaucoup plus faible à l'interprétation jurisprudentielle et limitent l'usage de la fiducie à des conditions strictes plus conformes tant à leur mode de raisonnement qu'à leur vision encadrée des droits de propriété.

**453.** Toutefois, même dans les deux droits de tradition civilistes étudiés, une institution pourrait permettre d'obtenir un résultat similaire à la fiducie par interprétation : la société créée de fait du droit français ou société tacite en droit québécois.

*b. L'interprétation stricte de la société créée de fait française et de la société tacite québécoise*

**454.** La reconnaissance d'une société créée de fait peut être favorable au conjoint qui a travaillé bénévolement pour l'autre, puisqu'elle implique le partage des biens et des bénéfices de cette société entre les conjoints. Comme nous le fait remarquer M. Merle, dans le cadre d'un régime de séparation, ce partage est souvent la seule possibilité pour l'épouse de pouvoir retrouver ses apports et obtenir une part du *boni* de liquidation<sup>865</sup>. Avant de nous intéresser à

---

<sup>865</sup> Merle Philippe, *Droit commercial, Sociétés Commerciales*, 16<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013, n°616 p. 789. Le boni de liquidation est « la somme d'argent distribuée aux associés (après paiement des créanciers et reprise des

l'utilisation de cette institution entre ex-conjoints ( $\alpha$ ), deux remarques préliminaires relatives à la notion même et au vocable de société créée de fait nous paraissent nécessaires ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) Précisions terminologiques*

**455.** La société créée de fait en droit français peut être définie comme « un groupement de personnes qui se sont comportées comme des associées sans en avoir expressément la volonté »<sup>866</sup>. Cette société créée de fait doit ainsi être distinguée de la société de fait, société voulue par les participants mais entachée d'un vice dans sa constitution<sup>867</sup>. Cette différence de vocabulaire révèle donc une différence fondamentale de concepts. Néanmoins, et c'est là notre première remarque, la différenciation entre ces deux notions ne semble pas claire pour certains auteurs français qui utilisent les deux termes<sup>868</sup> et, quand une seule des deux terminologies est utilisée, c'est souvent la mauvaise qui est prise en compte tant par les auteurs<sup>869</sup> que par la Cour de cassation<sup>870</sup>. C'est plutôt la notion de société créée de fait, et non celle de société de fait, qui devrait être utilisée. En effet, on peut douter que les conjoints, bien qu'ils aient la volonté de travailler ensemble, aient rempli les démarches nécessaires à la création d'une société, c'est à dire aient constitué des statuts et surtout l'aient faite immatriculer. Le plus souvent, c'est sans en avoir vraiment la volonté de la créer qu'ils ont commencé à travailler en commun ou que l'un s'est mis au service de l'autre ou lui a offert de l'aider à financer un bien. La société créée de fait nous semble donc la dénomination la plus appropriée car il s'agira surtout de prouver a posteriori l'existence d'une société entre les conjoints, l'intérêt de l'époux qui a effectué un travail au profit de son conjoint étant d'être déclaré associé dans cette société et donc de pouvoir revendiquer une part de la propriété des biens de celle-ci.

---

apports) et constituée par les bénéfices mis en réserve au cours de la vie sociale » (Cornu Gérard, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2009, p. 119).

<sup>866</sup> Bolze Antoine, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, n°3 p. 9, et plus particulièrement p. 13.

<sup>867</sup> Merle Philippe, *Droit commercial, Sociétés Commerciales*, 16<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013, n°614 p. 785. Voir également Cozian Maurice, Viandier Alain et Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, 25<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexisnexis, 2012, n°1292, p. 663 et s.

<sup>868</sup> MM. Malaurie et Fulchiron dans leur ouvrage *La famille* aux éditions Defrénois de 2011, parlent tout d'abord de société de fait, n°1822 p. 691, puis de société créée de fait, n°1822 p. 693 pour exactement la même situation.

<sup>869</sup> Voir par exemple les commentaires de Vareille Bernard, note sur Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, *RTDCiv.* 1998, p. 731, ou encore Storck Michel, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, *JCP G* 1999 I 154.

<sup>870</sup> Voir les décisions de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile du 21 octobre 1997, *Dr. Fam.* 1998, n°14, note Beignier Bernard, et du 12 novembre 1998, *JCP G* 1999 I 154, n. Storck Michel.



**456.** La situation est en revanche différente en droit québécois, et ce sera là notre seconde remarque. En droit québécois la société ne sera pas qualifiée de « de fait » mais plutôt de « tacite ». En effet, comme nous l'explique l'honorable Juge Lamer<sup>871</sup>, alors qu'en France les sociétés ne peuvent être valablement créées que par un accord exprès et à la suite de différentes formalités<sup>872</sup>, il n'en est pas de même au Québec où l'existence d'une société civile n'est soumise à aucune formalité. Il serait plus juste, selon le Juge Lamer, de parler de société tacite plutôt que d'une société de fait même si certains juges et de nombreux auteurs parlent de « société de fait »<sup>873</sup>. Nous utiliserons, en droit québécois, le terme de « société tacite » et, en droit français de « société créée de fait ». Ces deux notions ont l'intérêt de faire reconnaître les deux conjoints associés et donc de permettre à chacun des deux, et plus particulièrement à celui qui a travaillé bénévolement, d'obtenir un véritable droit de propriété, de préférence à un droit de créance, sur une partie des biens de la société. La reconnaissance de cette société a donc un impact important, mais les tribunaux tant français que québécois font preuve d'une certaine réticence à cet égard.

*β) Les conditions d'existence de la société créée de fait et de la société tacite*

**457.** En droit québécois, l'existence d'une société tacite entre conjoints est en effet difficile à prouver<sup>874</sup>. Si une société tacite a pu être constatée dans un cas d'injustice flagrant comme dans l'affaire *Cantin c. Comeau*<sup>875</sup>, ce ne fut en revanche pas le cas dans le cadre de l'affaire *Sabourin c. Charlebois*<sup>876</sup>. Dans cette décision de la Cour d'appel du Québec, les juges Owen et Monet qui formaient la majorité, ont en effet considéré que la volonté de s'associer entre les conjoints n'était pas assez marquée. L'existence d'un compte conjoint qui servait entre autres à payer des immeubles et les discussions entre les parties avant l'achat de ces immeubles ne montraient pas la volonté de s'associer et donc la mise en œuvre d'une société tacite. Le Juge L'Heureux-Dubé, dans son opinion dissidente, considérait, au contraire et vu

---

<sup>871</sup> Dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 37 R.F.L. (2d) 225, et plus particulièrement p. 237.

<sup>872</sup> C'est en effet l'immatriculation de la société qui lui donne sa personnalité morale, voir l'article 1842 al. 1<sup>er</sup> C.civ. La publicité n'est pas seulement nécessaire pour l'information des tiers mais est aussi une règle constitutive de la société, voir Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 2, Les sociétés commerciales*, sous la direction de Germain Michel, 18<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2002, n°1065 p. 53.

<sup>873</sup> Voir par exemple Masse Sylvie, « L'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1982 », (1984) 87 R. du N. 145, ou encore Groffier Ethel, « Les droits et les obligations des époux : les régimes matrimoniaux », (1981) 22 C. de D. 309.

<sup>874</sup> Cossette André, « Le régime de la séparation de biens est-il disparu avec la prestation compensatoire ? », (1985) 87 R. du N. 455, et plus particulièrement, p. 459.

<sup>875</sup> *Cantin c. Comeau*, [1972] C.A. 523.

<sup>876</sup> *Sabourin c. Charlebois*, [1982] 29 R.F.L. (2d) 225.

les faits, qu'il était injuste que l'existence d'une telle société n'ait pas été reconnue et que tant les relations entre les conjoints que le régime matrimonial de séparation de biens ne s'opposaient pas à la reconnaissance de cette société.

**458.** De même que pour la fiducie par interprétation dans les provinces de *common law*, il a fallu l'intervention de la Cour suprême dans des affaires relatives aux concubins pour que la société tacite entre conjoints soit reconnue. A l'instar de la décision *Pettkus c. Baker*<sup>877</sup> pour la fiducie par interprétation, c'est l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*<sup>878</sup> qui a posé le principe et les conditions d'existence de la société tacite entre époux et conjoints de fait au Québec. La Cour d'appel du Québec avait remis en cause la décision du juge du fond reconnaissant une société tacite entre des concubins qui avaient travaillé ensemble dans leur ferme. La Cour d'appel faisait en effet valoir que la conjointe de fait n'avait signé que la promesse de vente pour l'acquisition de la ferme et non le contrat de vente en tant que tel et qu'il ne pouvait y avoir de société entre ces concubins. La Cour suprême, sous la plume de l'honorable Juge Lamer, fit droit à l'appel de la concubine. Le Juge Lamer rappela ainsi les trois conditions d'existence de la société tacite : l'apport conjoint au fonds commun, le partage des pertes et bénéfices et l'*affectio societatis*<sup>879</sup>. Cet *affectio societatis* ne devait alors pas être seulement cherché dans l'acte d'achat de la ferme mais aussi être apprécié au regard de tous les actes faits par les conjoints et, en particulier, en prenant en considération le travail important effectué par l'épouse dans la ferme. Cet important travail devait donc amener la reconnaissance d'une telle société. Le Juge Lamer limita toutefois l'acceptation d'une telle société en exposant que si l'apport de l'un des conjoints est hors de proportion avec l'apport fait par l'autre, il peut paraître injuste d'admettre l'existence d'une société tacite pour partager les biens de celle-ci<sup>880</sup>. Tout en acceptant en l'occurrence une société tacite, le Juge Lamer limita son champ d'application.

**459.** De même qu'avec la décision *Pettkus c. Baker*<sup>881</sup>, la Cour suprême a reconnu au Québec des droits au conjoint qui a travaillé bénévolement pour l'autre. Dans les deux cas elle amène

---

<sup>877</sup> *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834

<sup>878</sup> *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 37 R.F.L. (2d) 225

<sup>879</sup> Drapeau Murielle, Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions, Titre II – Le droit familial, Chapitre II – La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal, 2014, p. 143.

<sup>880</sup> *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, op. cit., p. 239.

<sup>881</sup> *Pettkus c. Becker*, op. cit.

les tribunaux à rechercher l'intention des parties pour la création, dans un cas, d'une fiducie par interprétation, dans l'autre d'une société de fait.

**460.** Aujourd'hui, il semble que les tribunaux québécois n'acceptent que difficilement de déclarer l'existence d'une société tacite entre les époux, les conditions de mise en œuvre étant difficiles à prouver. La jurisprudence apparaît, comme nous l'expliquent Madame Castelli et Monsieur Goubau, « restrictive »<sup>882</sup>.

**461.** Comme pour la société tacite du droit québécois, pour qu'une société créée de fait du droit français soit établie, il est nécessaire de prouver un *affectio societatis*, la mise en commun de biens ou d'activités et la participation de chaque époux aux profits et aux pertes<sup>883</sup>. Certains ont cependant prétendu qu'il ne pouvait pas exister de société de fait entre époux dans le cadre d'un régime de séparation de biens, car reconnaître une telle société mettrait à néant le système de partage de ce régime. La Cour de cassation a rejeté cet argument en considérant qu'à partir du moment où la Cour d'appel avait constaté l'existence des éléments de la société créée de fait, c'était à bon droit qu'elle avait décidé de la liquidation de celle-ci<sup>884</sup>. La Cour a même paru retenir une acception large de la société créée de fait entre conjoints puisque dans une décision de la Chambre commerciale du 3 novembre 1988, elle a considéré que « si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de ces divers éléments »<sup>885</sup>.

**462.** Il paraît cependant utile de limiter cette impression puisque, en l'occurrence, il ne s'agissait pas d'établir l'existence d'une société créée de fait dans le but de permettre à l'un des conjoints de bénéficier d'une part du patrimoine de cette société mais plutôt de protéger les créanciers en leur ajoutant un débiteur supplémentaire.

---

<sup>882</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. PUL, 2005, p. 531.

<sup>883</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°1822 p. 693.

<sup>884</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 octobre 1961, *Bull.* I n°461 ; solution qu'elle a réitéré avec sa décision Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, *Dr. Fam.* 1998, n°14, n. Beignier Bernard, *RTDCiv.* 1998, p. 731, n. Vareille Bernard.

<sup>885</sup> Com., 3 novembre 1988, *Bull.* n°289. À l'inverse, la Cour d'appel de Paris a refusé de reconnaître une telle société entre conjoints au profit des créanciers, l'épouse n'ayant pas aidé son conjoint qu'au moment de la faillite du commerce et non comme dans l'affaire de la Chambre commerciale précédemment citée, tout au long de l'exploitation du commerce, voir CA Paris, 6 avril 1999, *Bull. Joly Soc.* 1999, n°270 p. 1168, n. Saintourens B.

**463.** Si la Cour de cassation admet qu'une société créée de fait soit reconnue entre les époux, encore faut-il que les conditions d'une telle société soient constatées par les juges ce que les tribunaux ne font que difficilement. Dans une décision de novembre 1998<sup>886</sup>, la 1<sup>ère</sup> Chambre civile a ainsi refusé d'établir l'existence d'une société créée de fait au motif que d'une part, l'épouse n'avait assumé aucun risque financier dans le cadre de l'exploitation de l'hôtel et que, d'autre part, la Cour d'appel n'avait pas constaté que les bénéfices de l'exploitation avaient été partagés entre les conjoints. Cette réticence est particulièrement visible dans les dernières jurisprudences relatives aux relations entre concubins<sup>887</sup> et il est peu probable que les tribunaux soient plus enclins à accepter une société créée de fait entre des conjoints qui bénéficient déjà d'institutions protectrices comme le régime matrimonial légal.

**464.** La jurisprudence tant française que québécoise paraît donc restrictive face à l'acceptation d'une société créée de fait ou d'une société de fait entre conjoints. L'interprétation des juges paraît ainsi plus stricte que celles des juges de *common law* dans le cadre de la fiducie par interprétation. Les juges français et québécois souhaitent certainement distinguer la vie commune de l'*affectio societatis* qui est un des éléments constitutifs d'une société. Le droit québécois s'est néanmoins montré encore plus strict que le droit français en la matière et seule une décision de la Cour suprême canadienne a permis de faire évoluer la situation en la matière. Cette réticence des tribunaux québécois marque la volonté des magistrats de ne pas s'immiscer dans la vie des époux. Cette volonté avait déjà pu être remarquée dans le cadre du jeu de la faute et de la responsabilité civile entre conjoints, les juges français s'étant montrés ouverts beaucoup plus tôt à l'octroi de dommages et intérêts entre conjoints sur le fondement du droit commun. Cette tendance plus ouverte des juges

---

<sup>886</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, *JCP* 1999 I 154, n. Storck Michel.

<sup>887</sup> La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi réitéré en 2004 que « l'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter. Ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres » (voir Cass. com., 23 juin 2004 (deux décisions), *Bull.* n°134 et 135, p. 148 et 149, *RTDCom.* 2004, p. 741, n. Champaud Claude et Danet Didier). Cette position fut reprise par la Première chambre civile en 2010 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 2010, voir Chenédé François, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage (à propos de trois arrêts de la première chambre civile du 20 janvier 2010) », *D.* 2010, p. 718). La première Chambre civile a également décidé que « ne donne pas de base légale à sa décision la cour d'appel qui retient l'existence d'une société de fait entre concubins sans relever aucun élément de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents à la vie maritale » (Civ. 1<sup>ère</sup>, *Bull.* I n°131, p. 108, *RTDCom.* 2004, p. 743, n. Champaud Claude et Danet Didier). Certaines Cours d'appel vont jusqu'à essayer de distinguer l'*affectio societatis* de la vie commune (CA Nancy, 3 avril 2006, *Dr. Fam.* juin 2007, com. n°120 p. 26, com. Larribau-Terneyre Virginie). Une Cour d'appel a également rappelé que la société créée de fait ne peut résulter de la seule vie commune (CA Bastia, 31 octobre 2012, *Dr. Fam.* Février 2013, com. n°23, Larribau-Terneyre Virginie). La jurisprudence dépend en définitive largement de l'appréciation des juges.

français par rapport aux juges québécois est encore plus marquée dans le cadre de l'entérinement post-divorce d'un droit de propriété détenu par l'un des conjoints par le biais des donations rémunératoires, donations qui dans certains cas ne sont pas sans rappeler le rôle de remède joué par la fiducie par interprétation dans les provinces de *common law*.

## 2. *L'entérinement d'un droit de propriété existant : les donations rémunératoires*

**465.** Les donations rémunératoires sont une dernière possibilité reconnue par les juges français pour un conjoint appauvri d'obtenir une compensation pour le travail qu'il a fourni bénévolement à son conjoint. Cette possibilité ne relève pas de la même démarche que les deux actions étudiées précédemment. En effet dans les deux cas étudiés antérieurement, il s'agissait de faire reconnaître a posteriori un droit de propriété au profit de l'époux qui avait travaillé au profit de l'autre. Dans le cadre des donations rémunératoires, le conjoint, au contraire, a déjà obtenu soit des fonds soit un bien par le biais d'une donation de son conjoint. L'objectif va donc être de faire subsister cette donation après le divorce et de permettre ainsi au conjoint donataire de conserver son dû. Cet entérinement du droit de propriété existant, comme dans les deux hypothèses précédentes, a nécessité une interprétation large du juge quant à la volonté de l'auteur de la donation. En effet, il s'agit de déterminer la volonté du donateur de rémunérer le travail de son conjoint et non de lui faire une simple libéralité, qui, jusqu'en 2004, pouvait être révoquée. La réforme de 2004 a marqué une évolution essentielle en la matière en modifiant l'article 1096 du Code civil et en instaurant l'irrévocabilité des donations entre conjoints. Toutefois, si cette irrévocabilité ne concerne que les donations ayant pris effet après le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>888</sup>, il nous semble important d'étudier le droit antérieur à la réforme du 26 mai 2004 (a), avant d'envisager l'avenir possible de ces donations rémunératoires en ce qui concerne les donations ultérieures à cette date du 1<sup>er</sup> janvier 2005 (b).

---

<sup>888</sup> Article 47 III de la Loi du 21 juin 2006 réformant les successions et les libéralités ou le 1<sup>er</sup> janvier 2007 si le contraire n'a pas été prévu conventionnellement, article 46 de la Loi précitée. Les donations antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2005 sont considérées comme révocables mais également annulables, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, *Rép. Def.* 2010 p. 605, note Jacques Massip.

a. *Le droit antérieur à la réforme du 26 mai 2004*

**466.** Il faut préciser que ce droit continuera à s'appliquer à toutes les donations de biens présents entre époux ayant pris effet pendant le mariage avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Ces donations restant en effet librement révocables, il pourra être utile au conjoint donataire de prouver que la donation est rémunératoire et qu'il peut la conserver à titre de paiement du travail qu'il a fourni. Deux types de situations étaient alors envisagés avant la Loi du 26 mai 2004. La première, et la plus simple, est celle d'une donation directe d'un conjoint à son époux, la seconde est celle de l'acquisition d'un bien en indivision entre les deux conjoints, acquisition qui était en réalité payée par un seul des époux.

➤ **La donation directe**

**467.** Dans le cas d'une donation directe par un conjoint à son autre conjoint, la question était relativement simple. En effet, l'article 1096 du Code civil prévoyait que les donations étaient librement révocables et cette règle, combinée avec celles du sort des donations à la fin du divorce, avait pour conséquence que les époux, en dehors des cas de divorces aux torts exclusifs de l'un des conjoints et de divorce pour rupture de la vie commune, pouvaient librement révoquer leurs donations. Cette situation était alors loin d'être favorable pour le conjoint qui avait travaillé bénévolement et se trouvait ainsi dépossédé lors du divorce d'un bien dont on pouvait penser qu'il constituait une compensation pour le travail fourni. La seule possibilité ouverte à ce conjoint pour pouvoir conserver son bien était alors de prouver que l'objectif sous-jacent de cette donation était de rétribuer le travail qu'il avait fourni pour son conjoint pendant le mariage et donc de faire déclarer cette donation rémunératoire, non susceptible de révocabilité.

**468.** C'est en particulier ce qui a été décidé dans une décision de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 8 février 2000<sup>889</sup>. En l'occurrence, l'épouse avait collaboré à la profession de son mari pendant toute la durée du mariage. Elle avait alors reçu différentes sommes d'argent qu'elle avait employées à l'acquisition de biens immobiliers. Lors du décès du mari, les enfants d'un premier mariage demandèrent à ce que les sommes soient rapportées

---

<sup>889</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *Bull. I* n°44, *D.* 2000, som. p. 428, obs. Nicod Marc, *JCP G* 2000 I 245, n°1, obs. Wiederkehr Georges.

dans la succession au titre des donations. La Cour considéra qu'au vu des témoignages établissant le travail de l'épouse, il appartenait aux juges de la Cour d'appel, dans l'exercice de leur pouvoir souverain, de déterminer que ce travail allait au-delà de la contribution aux charges du mariage de l'épouse et que cette collaboration constituait la cause des sommes versées. Ainsi, à partir du moment où les juges avaient constaté l'excès des versements par rapport à la contribution, ils étaient tout à fait libres de déterminer s'il y avait donation rémunératoire et donc de rendre irrévocable, et « irrapportable », cette donation<sup>890</sup>.

### ➤ L'acquisition d'un bien

**469.**Le second cas, et le plus fréquent, où était susceptible d'intervenir le système des donations rémunératoires, recouvrait lui-même deux situations : soit une acquisition avait été faite au nom d'un des époux et financé par l'autre soit les époux avaient acquis en commun un bien mais un seul des conjoints l'avait véritablement payé<sup>891</sup>. La donation n'était alors plus directe puisque le conjoint donataire n'avait pas reçu les fonds. Différentes qualifications étaient alors susceptibles d'être octroyées à cette donation.

**470.**La première était celle de donation déguisée. En vertu de l'article 1099 alinéa 2 du Code civil, cette donation était alors annulable. Néanmoins, avec l'adoption de l'article 1099-1 alinéa 2 du Code civil, en cas de nullité, l'époux donataire ne devait pas rendre le bien mais une somme correspondant à la valeur actuelle de ce bien. La jurisprudence, ainsi que nous l'explique M. Champenois, avait alors déduit de ce texte que la donation déguisée devait être écartée sauf si l'acte contenait en lui-même des affirmations mensongères sur l'origine des fonds<sup>892</sup> et avec cette interprétation stricte limitait l'annulation de telle donation.

**471.**La seconde qualification retenue par la jurisprudence pour de tels dons était plutôt celle de donation indirecte ou de don manuel, ces dons et donations n'étant alors pas annulables mais simplement révocables sur le fondement de l'article 1096 du Code civil, article qui s'appliquait également en cas de donation directe. L'époux donataire qui avait travaillé pour son conjoint et dépassé sa contribution aux charges du mariage cherchait alors à éviter cette

---

<sup>890</sup> Voir pour des exemples Simler Philippe et Terré François, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°804 p. 654 et s.

<sup>891</sup> Voir Cabrillac Rémy, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>ème</sup> édition, 2013, Ed. Montchrestien, n°373, p. 280.

<sup>892</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, p. 690.

révocation. La jurisprudence, face à ces situations et au fait qu'il pouvait être injuste d'admettre la révocation, avait modifié sa jurisprudence relative aux libéralités dans ces cas précis. Ainsi, contrairement à la donation directe et lorsque l'époux donataire avait contribué aux charges du mariage de façon excessive, c'était sur le donateur que pesait la preuve qu'il avait bien fait une libéralité à son conjoint et non un paiement<sup>893</sup>. Il devait alors prouver deux éléments différents : le premier était son intention libérale, le second était l'origine des deniers qui avaient servi à la vente. La jurisprudence se montrait très ferme en ce qui concerne l'origine des fonds, et considérait, entre autres que le seul fait du paiement depuis son propre compte n'était pas suffisant, le conjoint ayant en effet pu verser des fonds sur celui-ci<sup>894</sup>. De plus, elle était très stricte quant à la preuve de l'intention libérale. La 1<sup>ère</sup> Chambre civile avait ainsi refusé de reconnaître l'intention libérale d'un mari dans le cadre de l'achat d'un bien en raison de son intérêt même dans cet achat<sup>895</sup>. En l'occurrence, les époux avaient acheté ensemble un immeuble. Le mari en avait payé les six septièmes. Après le décès de ce dernier, les enfants du *de cuius* d'un premier mariage ont demandé à ce que la veuve leur paie une partie de la valeur actuelle de l'immeuble. La Cour d'appel a admis leur demande et la Cour de cassation a cassé cette décision aux motifs que l'intention libérale ne découlait pas du seul fait que le mari ait versé les six septièmes du prix et que, de plus, la Cour d'appel aurait dû se demander si l'époux n'avait pas un intérêt personnel dans l'achat de l'immeuble, celui-ci étant en effet destiné à être la demeure familiale. La jurisprudence se montra donc stricte quant à l'acceptation de l'intention libérale.

**472.** Cette réticence se retrouvait aussi par le fait qu'une donation pouvait être considérée comme rémunératoire alors même qu'elle avait été faite au début du mariage et que le conjoint n'avait pas encore vraiment commencé de travailler pour l'autre. Ce fut en particulier le cas dans une décision de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 9 novembre 1993<sup>896</sup>. En l'occurrence, les époux s'étaient mariés en 1969 et avaient acquis en indivision une propriété agricole dès 1970. Le mariage avait duré 17 ans et, pendant toute cette période, l'épouse avait collaboré à l'exploitation de son mari et, pour cela, en abandonnant l'activité professionnelle qu'elle exerçait lors du mariage. La Cour de cassation considéra que l'époux n'avait pas apporté la preuve de son intention libérale « puisqu'il avait pu vouloir rétribuer, à l'avance, la collaboration à la bonne marche de l'exploitation qu'il escomptait de son épouse et qui allait

---

<sup>893</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 février 1984, *Bull.* I n°78.

<sup>894</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1979, *Rép. Def.* 1980, Art. 32174, obs. Ponsard.

<sup>895</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 1996, *D.* 1998, p. 163, n. Claudel Emmanuelle.

<sup>896</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1993, *JCP G* 1994 II 22300, n. Philippe Catherine, *JCP G* 1994 I 3785, obs. Storck M.



être effective pendant toute la durée de la vie commune ». Le principe général est que l'intention libérale du donateur doit être appréciée au moment où la donation est faite. Lors de l'achat du bien, il y avait peu de chance que le mari ait pu penser que son épouse allait l'aider pendant les seize prochaines années et ait souhaité par là-même la payer par avance. L'intention, à notre avis, était bien libérale à cette époque. Il est certain qu'en l'occurrence la Cour de cassation a voulu rendre une décision équitable. Elle a pour cela étendu la notion de donation rémunératoire et restreint très largement la possibilité de prouver une intention libérale. Elle a effectuée une interprétation très large en faveur de l'époux qui avait travaillé au profit de l'autre et a ainsi suivi une voie qui paraît proche de celle empruntée par la jurisprudence de *common law* relative à la fiducie par interprétation. Cette décision était la bienvenue. En effet, l'épouse avait abandonné son activité professionnelle au début du mariage. Après plus de dix-sept ans sans avoir fréquenté le marché du travail, un âge qui devait être proche la quarantaine, il y avait peu de chance pour elle de retrouver un emploi. Lui octroyer une partie de la propriété agricole constituait certainement la meilleure solution pour lui assurer un avenir économique et la solution la plus juste puisqu'elle avait également participé au développement de cette propriété. Cette dernière décision permet donc de bien percevoir la volonté d'équité qui est sous-jacente à toutes ces décisions relatives aux donations rémunératoires. Elle permet également de constater que la simple possibilité que le conjoint ait pu souhaiter rétribuer son conjoint, peut servir à interdire la qualification d'intention libérale<sup>897</sup>.

**473.** Les donations rémunératoires étaient ainsi invoquées lorsque le conjoint, de même que dans le cadre de l'enrichissement sans cause, était allé au delà de la simple contribution aux charges du mariage<sup>898</sup> et, ainsi que nous l'avons vu dans les exemples précédents, avait contribué à l'activité professionnelle de son conjoint. Toutefois, la jurisprudence relative aux donations rémunératoires était aussi essentielle pour la reconnaissance et la rémunération du travail fait par l'épouse au foyer. Mais ce genre de travail n'était pas accepté dans tous les cas et il n'ouvrait droit à réparation que lorsque « l'activité dans la gestion du ménage et la direction du foyer, en raison de son importance et de sa qualité, a été une source d'économies pour le conjoint »<sup>899</sup>. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu reconnaître une donation

---

<sup>897</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, p. 690.

<sup>898</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 1978, *Rép. Def.* 1979, art. 32038, n. Champenois Gérard.

<sup>899</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, p. 691.

rémunératoire en faveur de l'épouse qui, d'une part, avait travaillé dans le cinéma de son conjoint, et, d'autre part, avait par son travail au foyer permis à son époux de faire des économies<sup>900</sup>. Le fait que l'un des époux ait consacré ses propres ressources aux besoins courants du mariage alors que l'autre avait financé avec ses moyens les acquisitions en indivision pouvait aussi motiver l'acceptation d'un tel type de donation<sup>901</sup>.

**474.**Dans un autre arrêt<sup>902</sup>, le simple travail au foyer avait été considéré comme la cause de la donation rémunératoire. Dans cette affaire l'épouse, qui avait travaillé pendant de nombreuses années et avait alors un salaire supérieur à son mari, avait cessé toute activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation des enfants, à l'entretien du foyer et à quelques travaux non rémunérés pour son mari. La 1<sup>ère</sup> Chambre civile avait alors considéré qu'elle était allée au-delà de sa simple contribution aux charges du mariage et que cette part supplémentaire constituait la cause des versements faits par son mari. M. Storck<sup>903</sup> faisait remarquer que par cette décision, la cour de cassation consacrait l'existence d'un droit à rémunération pour le travail fait pendant la vie commune. Cela était tout à fait exact mais il s'agissait aussi de reconnaître une valeur économique à ce travail au foyer et de permettre une certaine reconnaissance de celui-ci et des épouses qui en étaient la source. De même, dans l'affaire précitée de la Cour d'appel de Versailles, il avait été reconnu que le fait que l'épouse ait quitté son travail pour se consacrer à son foyer et faire une saine gestion de celui-ci pouvait amener à rémunération<sup>904</sup>. Un mari a également pu être indemnisé par le biais d'une donation rémunératoire en raison du travail important fait dans les immeubles indivis du couple payés en réalité par son épouse. En l'occurrence, artisan plombier chauffagiste, il s'était fait radier du registre des métiers pour se consacrer à la réfection de ces immeubles<sup>905</sup>. Il peut d'ailleurs être intéressant de comparer cette affaire avec celle<sup>906</sup> relative à l'enrichissement sans cause dans laquelle les juges avaient refusé de reconnaître l'enrichissement pour un époux artisan qui avait fait des rénovations dans l'immeuble de son épouse. La jurisprudence sur les donations rémunératoires semblait donc bien plus libérale que celle de l'action *de in rem verso* et plus encline à entériner une donation qui existait dans les faits qu'à octroyer une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

---

<sup>900</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1979, *Rép. Def.* 1980, art. 32174, n. Ponsard André.

<sup>901</sup> CA Versailles, 17 mars 1980, *Rép. Def.* 1981, art. 32512, obs. Breton André

<sup>902</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1998, *JCP G* 1998 I 183, obs. Storck Michel.

<sup>903</sup> Storck Michel, *op. cit.* p. 2114.

<sup>904</sup> CA Versailles, 7 janvier 1980, *Rép. Def.* 1981, Art. 32552, note Breton André.

<sup>905</sup> CA Bordeaux, 21 octobre 1999, *Dr. Fam.* 2001, jurisprudence n°83, obs. Beignier Bernard.

<sup>906</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995, *RTDCiv.* 1997, p. 497, n. Vareille Bernard.

**475.** Cette jurisprudence, bien plus souple qu'en matière d'action *de in rem verso*, n'hésitait d'ailleurs pas, dans certains cas, à faire référence à la notion d'enrichissement sans cause. Ainsi, certains juges justifiaient-ils la reconnaissance de la donation rémunératoire par l'existence même d'un enrichissement sans cause qui nécessitait d'être réparé. La donation rémunératoire pouvait alors apparaître, de même que la fiducie par interprétation des provinces canadiennes de *common law*, comme un mode de réparation (un remède) de cet enrichissement. La Cour d'appel de Versailles, dans les arrêts précités, considérait en effet que l'époux avait pu faire cette donation à son épouse en contrepartie de l'enrichissement dont il avait profité du fait du labeur de son épouse et des pertes de gains et salaires qu'elle avait pu subir<sup>907</sup>. Néanmoins, c'est certainement l'arrêt de la Cour de cassation de 2002 qui permet le mieux de faire le lien entre action en enrichissement sans cause et donation rémunératoire<sup>908</sup>. Dans cette affaire, l'épouse avait abandonné son travail pour seconder son mari dans la tenue de son commerce sans être rémunérée. L'époux avait ainsi évité d'embaucher un nouvel employé. Les juges du fond ont considéré que l'épouse était allée au-delà de sa simple contribution aux charges du mariage et ont considéré que les versements que l'époux faisait pour rembourser la part d'emprunt de son épouse, correspondait à la contrepartie de son enrichissement. Les versements, que l'on pourrait dans une certaine mesure assimiler à des donations rémunératoires, apparaissaient donc bien en l'occurrence comme la contrepartie de l'enrichissement.

**476.** Les donations rémunératoires ont joué un rôle fondamental avant la Loi du 26 mai 2004 dans la volonté équitable des tribunaux d'éviter l'annulation ou la révocation de certaines donations considérées comme permettant la rémunération d'un des conjoints pour son travail accompli bénévolement. Elles étaient également plus simples à utiliser que la théorie de l'enrichissement sans cause par le fait que le bien étant déjà donné, la question du calcul de l'indemnité ne se posait pas, la jurisprudence considérant que le montant de la donation correspondait à celui dû au titre de la rémunération<sup>909</sup>. Ainsi à l'instar de la *common law* et de la fiducie par interprétation, les donations rémunératoires ont pu apparaître comme un mode de réparation de l'enrichissement sans cause. Les donations de bien présents faites avant le 1<sup>er</sup>

---

<sup>907</sup> CA Versailles, 7 janvier 1980, *Rép. Def.* 1981, Art. 32552, n. Breton André.

<sup>908</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2002, *JCP G.* I 111, n°22, n. Storck Michel.

<sup>909</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, p. 690. Ce qui permettait d'ailleurs d'éviter les problèmes de calcul existant pour la fiducie par interprétation dans les provinces de *common law*.

janvier 2005 restant soumises à l'ancien article 1096 du Code civil et donc à la libre révocabilité, cette jurisprudence continuera donc de jouer dans l'avenir. Toutefois les réformes des 26 mai 2004<sup>910</sup> et 23 juin 2006<sup>911</sup> ont profondément changé les règles en matière de donations entre époux. Pour les donations de biens présents faites après le 1<sup>er</sup> janvier 2005<sup>912</sup>, la situation sera totalement différente.

*b. L'avenir des donations rémunératoires après l'adoption des lois du 26 mai 2004 et 23 juin 2006*

**477.**Dans le cadre des donations rémunératoires, deux dispositions nous intéressent. La première est relative aux donations déguisées. Bien que la jurisprudence ait fermé de façon importante leur utilisation, elles pouvaient toujours avoir un intérêt dans le cadre des relations entre conjoints à partir du moment où il était prouvé que l'acte contenait en lui-même des affirmations mensongères sur l'origine des fonds<sup>913</sup>. Avec la nouvelle loi réformant le divorce du 26 mai 2004, le second alinéa de l'article 1099 qui disposait que « toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle », a été abrogé<sup>914</sup>. Ainsi la nullité pour donation déguisée sur le fondement de cet article n'existe plus aujourd'hui et un époux ne peut donc plus soutenir que le fait, pour lui, d'avoir payé l'intégralité de l'immeuble acheté en indivision constitue une donation déguisée qui doit être annulée. Il peut être intéressant de remarquer, comme nous le précise M. Sauvage<sup>915</sup>, que l'article 1832-1 n'a en revanche pas été abrogé. Ce texte prévoit, dans son second alinéa, que « les avantages et libéralités résultant d'un contrat de société entre époux ne peuvent être annulés parce qu'ils constitueraient des donations déguisées entre époux, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ». S'il apparaît que ce texte va à l'encontre de la nouvelle législation, il est fort probable qu'il sera abrogé tacitement, il nous paraît toutefois qu'il perd avant tout sa justification avec l'abrogation plus générale des donations déguisées.

---

<sup>910</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.*

<sup>911</sup> *Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.*

<sup>912</sup> Pour la question du droit transitoire voir Valory Stéphane, « Les mesures postérieures à la réforme de 2004 sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », *Droit et Patrimoine*, novembre 2007, n°164, p. 62

<sup>913</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *op. cit.* p. 690.

<sup>914</sup> Voir Mahinga Jean-Grégoire, « Les libéralités entre époux après la Loi n°2004-439 du 26 mai réformant le divorce », *JCP G* 2005, n°4, p. 128. Piedelièvre Stéphane, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, Chronique p. 2512, Brenner Claude, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la Loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Rép. Def.* 2005, n°2, Art. 38084 p. 93.

<sup>915</sup> Sauvage François, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Rép. Def.* 2004, Art. 38038 p. 1425, et plus particulièrement p. 1433.

**478.** De plus, l'article 1096 alinéa 2 a été entièrement modifié en 2004<sup>916</sup> et 2006<sup>917</sup> et dispose aujourd'hui, dans son second alinéa, que « la donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux ne sera révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958 ». L'époux donataire dans le cadre d'une donation directe, indirecte ou d'un don manuel ne pourra donc plus désormais faire valoir le caractère libéral de sa donation pour librement révoquer celle-ci, ainsi que cela était possible sous l'ancien droit. Il ne pourra pas non plus se fonder sur les règles du divorce, puisque, ainsi que nous l'avons vu<sup>918</sup>, le législateur a souhaité totalement détacher les conséquences du divorce de toute idée de faute et toute donation de biens présents faite pendant le mariage est en principe irrévocable, et ceci quelque soit le type de divorce demandé et prononcé. La seule solution susceptible de s'ouvrir au conjoint donateur sera alors de prouver l'ingratitude de son conjoint donataire. Toutefois celle-ci ne sera pas toujours des plus simples à prouver et nécessite une faute de la part de ce conjoint et il est néanmoins loin d'être certain que la jurisprudence acceptera libéralement cette ingratitude et par là-même la réapparition de la faute dans les conséquences du divorce. Ceci est d'autant plus vrai qu'au cours des dernières années, elle a souhaité de plus en plus limiter les révocations de donations dans l'objectif de mieux protéger le conjoint défavorisé, dans une volonté d'équité non cachée. Les juges pourraient, également et de façon suprenante, réutiliser la notion de donation rémunératoire pour contrer l'ingratitude et faire subsister la donation en considérant qu'elle rémunère l'époux que le conjoint considère comme « ingrat »<sup>919</sup>.

**479.** La notion de donation rémunératoire devrait donc progressivement perdre de son intérêt puisque les donations faites à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2005 ne seront en principe plus révocables et, comme le précise M. Depondt<sup>920</sup>, cela devrait permettre de faire disparaître un contentieux important et « venimeux ».

**480.** L'un des seuls terrains sur lequel ces donations sont susceptibles de subsister est celui de la réduction. En effet le premier alinéa de l'article 1099 du Code civil n'a pas été abrogé et

---

<sup>916</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 portant réforme du divorce.*

<sup>917</sup> *Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.*

<sup>918</sup> Voir n°88 et s.

<sup>919</sup> Voir Vassaux Joëlle, « Financement du logement de la famille par un époux séparé de biens », *JCP G.* 2013 doctrine n° 518.

<sup>920</sup> Depondt Axel, « Pot pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Droit et patrimoine* 2004, n°129, p. 70.

prévoit que « les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ». Les époux ne peuvent donc se donner plus que ce qui est possible dans le cadre de la quotité disponible et ne peuvent toucher à la réserve des enfants par le biais de donations que l'un consent à l'autre. L'idée sous-jacente des donations déguisées était en particulier d'éviter cette atteinte à la réserve<sup>921</sup>. Cette disposition ayant disparu, il ne reste alors plus pour les héritiers que la possibilité de faire valoir le fait que la donation directe ou indirecte est d'un montant supérieur à ce que les conjoints pouvaient se donner, et demander la réduction de la donation. Le conjoint survivant pourra cependant continuer à faire valoir que cette libéralité, dans son intégralité, constitue le paiement d'un travail qu'il a fourni à son conjoint que ce travail soit de nature professionnelle ou domestique et que s'agissant d'une donation rémunératoire, et non pas d'une simple donation, cette réduction n'a pas lieu d'être. La jurisprudence persistera certainement dans sa voie et quand elle considérera que l'époux a contribué au delà de sa contribution normale aux charges du mariage, maintiendra la donation. Toutefois, dans la mesure où seuls les héritiers réservataires peuvent faire prévaloir une atteinte à leur réserve la donation rémunératoire dans le cadre du divorce risque définitivement de perdre de son intérêt. Selon M. Depondt<sup>922</sup>, la disparition de ces rémunérations et corrélativement l'irrévocabilité des donations entre vifs faites entre époux pourraient avoir pour conséquence une croissance des demandes de divorce. En effet, les épouses constatant que les donations faites par leurs époux ne peuvent plus être remises en cause, n'hésiteront plus à demander ce divorce.

**481.** Un autre terrain sur lequel le conflit de la donation rémunératoire risque néanmoins de subsister, est celui du droit fiscal. En effet, toute donation donne lieu à une imposition particulière et seules les donations octroyées en contrepartie d'un travail effectué par le donataire, ne sont pas soumises à un tel régime. On peut donc imaginer que le fisc continuera à plaider l'existence de donations déguisées entre conjoints pour réclamer des droits d'imposition, plaidoirie que les époux contreront au moyen de la donation rémunératoire<sup>923</sup>.

**482.** Mais, si dans le futur la jurisprudence relative aux donations rémunératoires devrait disparaître, il demeure essentiel de remarquer qu'elle continuera à s'appliquer tant et autant

---

<sup>921</sup> Guével Didier, *Successions, Libéralités*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2004, n° 429.

<sup>922</sup> Depondt Axel, « Pot pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Droit et patrimoine* 2004, n° 129, p. 70.

<sup>923</sup> Voir sur le sujet Faucher Daniel, « Donation rémunératoire entre époux », *Revue fiscale notariale* 2004, octobre p. 44. Voir également Depondt Axel, « Pot pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Droit et patrimoine* 2004, n° 129, p. 70.

que des donations de biens présents effectuées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et toujours soumises au principe de libre révocabilité de l'ancien article 1096, continueront d'exister. Il est alors dommage que le législateur n'ait pas mis en œuvre le principe d'applicabilité immédiate pour toutes les donations ayant pris effet avant l'entrée en vigueur de la loi. Cela aurait en effet été plus favorable au conjoint qui aurait travaillé bénévolement pour son époux et qui aurait pu bénéficier de la donation à titre de rémunération. Certains considèrent d'ailleurs qu'une telle survie est à la fois déraisonnable et impraticable et plaident pour que la nouvelle législation remplace tout simplement l'ancienne<sup>924</sup>.

**483.**La jurisprudence a donc tenté de pallier l'injustice qui pouvait se présenter lorsqu'un époux avait travaillé pour son conjoint sans être rémunéré. Elle a utilisé des actions de droit commun comme la société créée de fait ou encore l'enrichissement sans cause qui a comme fondement direct l'équité et a créé la notion de donation rémunératoire. Mais ces concepts jurisprudentiels ne sont pas toujours des plus simples à manier et dépendent largement du pouvoir discrétionnaire des juges. Si les juges adoptaient une jurisprudence souple, au nom de l'équité pour le conjoint qui a travaillé bénévolement, la justice serait rétablie. Dans le cadre de cette jurisprudence française, les donations rémunératoires constituent certainement la notion la plus souple et la plus favorable pour cet époux. La vision de l'enrichissement sans cause dans les provinces de *common law*, enrichissement sans cause compensé par le biais d'une fiducie par interprétation, est aussi très favorable au conjoint appauvri. Elle n'est toutefois pas utilisée de façon généralisée en raison du danger qu'elle peut présenter pour les tiers et, en particulier, pour les créanciers du conjoint enrichi. Ces deux techniques sont donc bénéfiques pour certains époux mais cela est loin d'être le cas de façon générale. L'équité jurisprudentielle ne paraissant pas suffisante, il est alors revenu au législateur d'agir.

## § 2. DES REPONSES LEGISLATIVES NECESSAIRES

**484.**Les législateurs français et québécois sont intervenus successivement pour reconnaître l'indemnisation du conjoint qui avait travaillé bénévolement pour l'autre. Mais si le législateur français avait souhaité dédommager plus particulièrement le conjoint privé du droit de réclamer une prestation compensatoire dans le cadre d'un divorce pour faute prononcé à

---

<sup>924</sup> Beignier Bernard et Nicod Marc, « Donations entre époux : d'un droit à l'autre (La réforme des donations de biens présents s'applique-t-elle aux donations déjà réalisées ?) », *Rép. Def.* 2005, n°4, Art. 38104, p. 265.

ses torts exclusifs, le législateur québécois, pour sa part, a mis en œuvre une action ouverte à tout conjoint : la prestation compensatoire québécoise<sup>925</sup>.

**485.** Avant toute étude plus détaillée de ces deux institutions, il nous semble néanmoins utile de préciser que l'indemnité exceptionnelle du droit français est étudiée ici à titre historique. En effet, instaurée dans le cadre de la loi sur le divorce de 1975, elle a été abrogée par la loi du 26 mai 2004, le législateur ayant souhaité détacher les conséquences du divorce de toute idée de faute<sup>926</sup>. Désormais, quelque soit le type de divorce, tout conjoint peut demander une prestation compensatoire qui, nous le verrons, s'apparente à la pension alimentaire post-divorce au Canada<sup>927</sup>. Aujourd'hui ce n'est que très exceptionnellement, si l'équité le commande, que le juge peut refuser cette prestation compensatoire et ceci « soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation, au regard des circonstances de la rupture »<sup>928</sup>. Toutefois, si cette possibilité de sanction demeure, l'indemnité exceptionnelle de l'article 280-1, pour sa part, a disparu, et lorsque l'époux sanctionné a permis par son travail à son conjoint de s'enrichir, cet époux devrait avoir de nouveau recours au droit commun de l'enrichissement sans cause ou de la société de fait, droit commun<sup>929</sup> qui, comme nous l'avons vu précédemment n'est pas toujours très favorable<sup>930</sup>.

**486.** L'étude de l'indemnité exceptionnelle, malgré son caractère historique<sup>931</sup>, nous paraît intéressante pour comprendre le fondement de cette action et la comparer à la prestation compensatoire du droit québécois. Nous nous intéresserons donc, en premier lieu, aux influences et fondements de ces institutions (A) avant d'analyser leurs régimes (B).

---

<sup>925</sup> Dans nos développements nous distinguerons ces deux prestations compensatoires en fonction de leur origine, puisque, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater, elles n'ont rien en commun.

<sup>926</sup> Voir sur ce sujet Sénat, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, relatif à la réforme du divorce*, par M. Patrice Gélard, annexé au procès-verbal de la séance du 20 février 2002, trouvé sur [http://www.senat.fr/rap/101-252/101-252\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/101-252/101-252_mono.html), et plus particulièrement l'étude de l'article 18 du projet de loi.

<sup>927</sup> Voir le chapitre II du titre II de la 1<sup>ère</sup> partie

<sup>928</sup> Art. 270 al. 3 C.civ.

<sup>929</sup> Bénabent Alain, *Droit civil – Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014, n°565 p. 261.

<sup>930</sup> Voir n°359 et s.

<sup>931</sup> Pour l'étude des dernières jurisprudences ayant trait à cette indemnité exceptionnelle, voir Larribau-Terneyre Virginie, « Indemnité exceptionnelle de l'article 280-1 du Code civil : derniers soupirs », *Dr. Fam.* 2006, Commentaires n°206 p. 50



## A. Influences et fondements de ces réponses législatives

487. Si la prestation compensatoire québécoise et l'ancienne indemnité exceptionnelle semblent avoir des fondements et des influences relativement proches (2), ces dernières, par contre, sont nées dans des conditions qui sont bien différentes (1).

### 1. Des conditions d'apparition différentes

488. L'ancienne indemnité exceptionnelle de l'article 280-1 alinéa 2 du Code civil français est apparue avec la réforme du droit du divorce de 1975<sup>932</sup>. Le législateur de 1975, en réformant le droit du divorce, avait souhaité séparer le divorce de la notion de faute, mais aussi limiter les effets du divorce au prononcé de celui-ci. Afin de répondre à ce dernier objectif, et parce que la pension alimentaire avait montré ses limites, il instaura une prestation compensatoire qui s'appliquait à tous les divorces, à l'exception du divorce pour rupture de la vie commune. Cette prestation ayant pour objectif de compenser la disparité entraînée par le divorce dans les conditions de vie respectives des époux<sup>933</sup> elle aurait dû être détachée de toute idée de faute dans la logique de pacification. La société française de 1975 n'était toutefois pas encore prête à accepter toute disparition de sanction à l'encontre du conjoint fautif en cas de torts exclusifs. On a alors adopté le principe selon lequel le conjoint aux torts exclusifs duquel était prononcé le divorce se trouvait automatiquement privé de toute possibilité d'obtenir une prestation compensatoire<sup>934</sup>. Cette solution pouvait cependant paraître stricte, aussi le législateur a-t-il introduit une exception à ce principe avec l'indemnité exceptionnelle<sup>935</sup>.

489. L'époux exclusivement fautif pouvait donc demander à titre exceptionnel une indemnité « si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée dans le cadre de la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce ». Cette indemnité était une nouveauté dans le droit français puisqu'elle constituait une véritable reconnaissance du travail accompli bénévolement par un conjoint au profit de l'autre et de la nécessité de compenser ce dernier. Il

---

<sup>932</sup> Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

<sup>933</sup> Art. 270 C.civ.

<sup>934</sup> Ancien art. 280-1 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

<sup>935</sup> Ancien art. 280-1 al. 2 C.civ. Voir Leveneur Laurent, *Leçons de droit civil, La famille*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 1995, n°1498, p. 780, Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°382, p. 260 et s., Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2003, n°368 p. 580.

est utile de remarquer dès à présent que seul le travail professionnel était compensé et non le travail domestique.

**490.** La prestation compensatoire québécoise, instaurée dans la Loi 89 de 1980, est née, pour sa part, dans des conditions totalement différentes de celles de l'indemnité exceptionnelle<sup>936</sup>. En effet, jusqu'à la fin des années soixante-dix, les époux, et plus particulièrement les épouses, qui avaient travaillé bénévolement pour leur conjoint et avaient permis à celui-ci de s'enrichir, n'avaient comme seul recours que le droit commun et plus particulièrement l'enrichissement sans cause et la société de fait. Ils étaient alors dans la même situation que le conjoint qui, aujourd'hui en France, se voit refuser à titre de sanction une prestation compensatoire. Toutefois, comme nous l'avons constaté<sup>937</sup>, les tribunaux ne faisaient droit que rarement à de telles demandes considérant que l'épouse savait en tout état de cause sous quel régime matrimonial elle était mariée et devait en assumer les conséquences<sup>938</sup>. Mais, cette situation ne pouvait plus durer et la société a évolué rapidement. Un des éléments déclencheurs et à l'origine de l'adoption de cette loi fut certainement la décision *Murdoch* de Cour suprême de 1975<sup>939</sup>, précédemment analysée. Cette décision, refusant de compenser une épouse pour le travail qu'elle avait fourni tout au long du mariage dans le ranch appartenant à son mari, amena les tribunaux des provinces canadiennes anglophones à agir et à interpréter largement la fiducie par interprétation, ce que les juges au Québec ne pouvaient et ne souhaitaient pas faire. En effet, alors qu'ils auraient pu ouvrir plus largement l'action en enrichissement sans cause au conjoint qui avait travaillé bénévolement pour l'autre, ils préférèrent conserver leur interprétation stricte, et le législateur québécois se vit donc dans l'obligation d'intervenir en instaurant la prestation compensatoire<sup>940</sup>, prestation considérée comme d'ordre public par les auteurs<sup>941</sup>. L'article 427 alinéa 1 phrase 1 du Code civil québécois prévoit ainsi aujourd'hui que « au moment où il prononce la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport de ce dernier en biens ou en services, à l'enrichissement du

---

<sup>936</sup> Pour les circonstances ayant donné lieu à la création de la prestation compensatoire voir Cossette André, « Le régime de séparation de bien est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? », (1985), 87 *R. du N.* 456, p. 457 et s. Voir également Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 163.

<sup>937</sup> Voir la réticence des juges à octroyer des réparations sur le fondement de l'enrichissement sans cause ou de la société de fait, n°359 et s.

<sup>938</sup> Voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 1988, n°67, p. 55.

<sup>939</sup> *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423.

<sup>940</sup> Loi 89, *L.Q.* 1980, c. 39

<sup>941</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. PUL, 2005, p. 143.

patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage ». Les dispositions relatives à la prestation compensatoire constituent la section IV du chapitre IV du Code civil du Québec relatif aux effets du mariage, chapitre dont les dispositions sont impératives pour les époux<sup>942</sup>.

**491.**Ces deux institutions qui permettent de compenser le travail fourni par l'un des conjoints au profit de l'autre sont donc nées dans des conditions très différentes. L'indemnité exceptionnelle a été en effet créée pour atténuer la sanction susceptible de peser sur le conjoint exclusivement fautif, alors que la prestation compensatoire a été instituée afin de pallier au refus par les tribunaux de compenser la conjointe qui avait travaillé au profit de son époux. Si ces institutions sont nées dans des conditions différentes, elles ont cependant des influences et des fondements communs.

## *2. Des influences et fondements communs*

**492.**Lorsque l'on s'intéresse à ces deux institutions, différents fondements et différentes influences sont susceptibles d'être envisagés<sup>943</sup>. Si l'on s'arrête à la simple dénomination de la prestation compensatoire du droit québécois, on ne peut s'empêcher de penser à son homonyme français. Cette constatation est d'autant plus intéressante que la question de rattacher l'indemnité exceptionnelle de l'ancien article 280-1 alinéa 2 à cette même prestation compensatoire française s'est également posée.

### *a. L'influence de la prestation compensatoire française ?*

**493.**L'homonymie des prestations compensatoires française et québécoise peut laisser penser que la prestation compensatoire, antérieure à celle qui a été introduite en droit québécois, est la source d'inspiration de cette dernière<sup>944</sup>. Ce n'est toutefois pas le cas. En

---

<sup>942</sup> Art. 391C.c.Q.

<sup>943</sup> M. Rovinski considèrerait même que si il y différents fondements possible pour l'indemnité exceptionnelle française, il n'y en a aucun de fiable, voir Rovinski Jean, « Réflexions critiques sur l'article 280-1 du Code civil pour une réforme du divorce pour faute », *Gaz. Pal.* 16 juillet 1998, p. 892.

<sup>944</sup> Voir Danielle Burman et Jean Pineau, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Ed. Thémis, 1984, page 89 qui s'interrogent sur la possible parenté entre ces deux institutions.

effet, l'article 270 alinéa 2 du Code civil<sup>945</sup> dispose que « l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant que possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». A la lecture de cet article il est permis de douter de l'existence de similitudes entre les deux institutions. En effet, la prestation compensatoire québécoise permet de rétablir une iniquité apparue pendant le mariage, alors que la prestation compensatoire française tend à aménager l'avenir et à faire en sorte que le divorce n'ait pas de conséquences économiques importantes sur la vie future des ex-conjoints. Si ces deux institutions ont un même objectif compensatoire, de même que la prestation compensatoire française et l'action *de in rem verso* de droit français, elles ont des domaines d'application différents. La prestation compensatoire québécoise se rapproche de l'action en enrichissement sans cause créée par les tribunaux français et ne peut être comparée avec la prestation compensatoire française.

**494.** En ce qui concerne l'indemnité exceptionnelle du droit français, les auteurs français<sup>946</sup> sont unanimes pour reconnaître qu'elle n'est pas une prestation compensatoire et il est certain que le législateur, en instaurant une telle indemnité, ne voulait pas remettre en œuvre ce qu'il venait d'interdire dans l'art. 280-1 al. 1<sup>er</sup> C.civ., soit le versement d'une prestation compensatoire à l'époux exclusivement fautif<sup>947</sup>.

**495.** Tant la prestation compensatoire québécoise que l'indemnité exceptionnelle française ne semblent pas être inspirées par la prestation compensatoire française. En ce qui concerne la prestation compensatoire de droit québécois, une autre influence peut-être trouvée dans les droits des provinces canadiennes de tradition de *common law*, et, en particulier, en droit ontarien.

---

<sup>945</sup> Tel qu'il est formulé depuis la réforme de 2004, la nouvelle formulation ne change néanmoins pas la comparaison et vaut tout autant pour nos remarques que l'ancienne.

<sup>946</sup> Voir, par exemple, Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2003, n°368, page 581, ou encore Cathelineau Anne, « L'indemnité exceptionnelle de l'article 280-1, alinéa 2, du Code civil », *D. 1994* chronique p. 149.

<sup>947</sup> Une décision de la Cour de cassation semble toutefois semer un certain doute (Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 février 1997, *Dr. Fam.* 1997, n°105, note Lécuyer Hervé.) en assimilant l'indemnité exceptionnelle à la prestation compensatoire en ce qui concerne l'application de l'art. 1076-1 NCPC. Cette décision laisse toutefois une grande part à l'interprétation ainsi que nous l'expose M. Lécuyer et elle ne nous semble pas devoir remettre en cause la distinction existant entre ces deux institutions.

b. *L'influence des institutions de common law ?*

496. Tel que souligné précédemment, dans les provinces canadiennes anglophones, l'arrêt *Murdoch* de la Cour suprême de 1975<sup>948</sup>, outre l'interprétation large par les tribunaux de l'enrichissement sans cause et de la fiducie, a conduit à l'adoption de différentes lois provinciales tendant à résoudre la situation de la femme qui avait permis par son travail à son mari de s'enrichir. Une des lois les plus importantes dans ce domaine fut celle adoptée par le législateur ontarien en 1978. L'article 8 du *Family Law Reform Act* de 1978 prévoyait ainsi que, dans l'hypothèse où un époux a contribué par son travail à un apport en argent ou en nature à l'acquisition, l'administration ou l'amélioration d'un bien familial dans lequel l'autre a ou a eu un intérêt, le tribunal peut ordonner une compensation<sup>949</sup>. Cette compensation peut alors être soit sous forme d'une indemnité soit par l'attribution d'un droit de propriété. On peut donc penser que les règles québécoises sur la prestation compensatoire sont directement inspirées du droit ontarien et qu'elles devraient être interprétées conformément à ce droit<sup>950</sup>. Mais les auteurs<sup>951</sup> et la jurisprudence<sup>952</sup> s'accordent pour considérer que la prestation compensatoire fait partie intégrante de la tradition civiliste à laquelle appartient le droit québécois et ne peut évoluer que dans le cadre de ce droit. M. Caparros<sup>953</sup> précise ainsi que si l'influence générale de la *common law* ainsi que des règles d'*equity* semblent être à la source

---

<sup>948</sup> *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423.

<sup>949</sup> « Where one spouse or former spouse has contributed work, money or money's worth in respect of the acquisition, maintenance or improvement of property, other than family assets, in which the other has or had an interest, upon application, the court may order a) direct the payment of an amount in compensation therefore; or b) award a share of the interest of the other spouse or former spouse in the property appropriate to the contribution – and the court shall determine and assess the contribution without regard to the relationship of husband and wife or the facts that the acts constituting the contribution are those of a reasonable spouse of that sex in the circumstances”.

<sup>950</sup> Voir le rapprochement entre la prestation compensatoire québécoise et le système de compensation existant en Ontario dans Kasirer Nicholas, « Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », dans *Contemporary Law – Droit contemporain*, Association canadienne de droit comparé et association québécoise de droit comparé, 1995, p. 190 et plus particulièrement p. 195 et s. Pour une comparaison entre les réformes ontarienne et québécoise voir également Cossette André, « Le régime de séparation de biens est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? », (1985), 87 *R. du N.* 456, p. 461 et s.

<sup>951</sup> Voir par exemple Burman Danielle et Pineau Jean, « la prestation compensatoire à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Poirier c. Globensky* », (1985) 19 *R.J.T.* 281, Comtois Roger, « La prestation compensatoire : une mesure d'équité », (1983) 85 *R. du N.* 307.

<sup>952</sup> Voir le Juge Nichols qui dans la décision *Poirier c. Globensky* a considéré que la prestation compensatoire s'insérerait dans un système juridique où le droit matrimonial est codifié et comme toute disposition codifiée elle doit être interprétée dans le contexte légal dans lequel elle s'incorpore (*Droit de la Famille – 67*, [1985] C.A. 135 à 155, p. 144).

<sup>953</sup> Voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, 1988, Ed. Wilson et Lafleur, n°68, p. 56. Il précise d'ailleurs aussi que c'est plutôt dans la jurisprudence que dans la loi des provinces de *common law* que le législateur a trouvé son inspiration, voir Caparros Ernest, « La prestation compensatoire dans le droit civil nouveau », (1983) 14 *R.G.D.* 137, et plus particulièrement p. 142.

de la prestation compensatoire québécoise, le législateur québécois paraît ne pas avoir subi le modèle de *common law*. M. Pineau et Mme Burman<sup>954</sup>, pour leur part, sans nier l'influence des droits étrangers sur cette prestation et dont l'origine est cependant difficile à déterminer, considèrent que « le produit fini est purement québécois, le contenu de la notion ayant été manufacturé au Québec ».

**497.** Quelles que soient les influences qui sont à l'origine de ces deux institutions, le fondement de ces institutions laisse peut-être moins de place au doute et le premier fondement qui vient à l'esprit est celui-ci de l'enrichissement sans cause.

*c. L'enrichissement sans cause ?*

**498.** Lors de l'adoption de la loi sur le divorce française de 1975, les commentateurs<sup>955</sup> ont considéré que le fondement de l'indemnité exceptionnelle était l'action *de in rem verso* et que la nouvelle indemnité était la continuité de l'action en enrichissement sans cause mise en œuvre entre les ex-époux, action qui existait dès le début des années soixante. Les tribunaux français ont suivi cette interprétation et la Cour d'appel de Caen<sup>956</sup> avait ainsi précisé que l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al. 2 C.civ., si elle se distingue de la prestation compensatoire, reposait sur la notion d'enrichissement sans cause. Cette notion paraissait bien correspondre à la philosophie de cette nouvelle prestation. En effet, l'objectif de l'art. 280-1 al. 2 C.civ. était de permettre à l'époux aux torts exclusifs duquel avait été prononcé le divorce et qui, par son travail bénévole, avait enrichi son conjoint, de se faire indemniser pour l'appauvrissement qu'il avait subi.

**499.** Mais, tout en reconnaissant l'action *de in rem verso* comme fondement de l'art. 280-1 al. 1 C.civ., les tribunaux ne tiraient pas les conséquences apparentes de ce fondement. C'était en particulier le cas pour la fixation du montant de l'indemnité exceptionnelle. Dans le cadre de l'action en enrichissement sans cause, le montant de l'indemnité est fixé en fonction de deux plafonds. Ce montant ne peut dépasser la plus faible des deux sommes entre le montant de l'appauvrissement subi par l'appauvri et le montant de l'enrichissement dont bénéficie l'enrichi. En toute logique, les tribunaux auraient donc dû calculer l'appauvrissement subi

---

<sup>954</sup> Danielle Burman et Jean Pineau, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Ed. Thémis, 1984, page 90.

<sup>955</sup> Voir par exemple, Massip Jacques, « La réforme du divorce », *Rép. Def.* 1976 art. 31047, page 188.

<sup>956</sup> Cour d'appel de Caen, 13 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1981 II 686, *Rép. Def.* 1981, Art. 32733 p. 1236 n. Massip Jacques.

par l'époux demandeur et l'enrichissement de son conjoint afin de calculer l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al. 2 C.civ. Or, l'arrêt de la Cour de Caen<sup>957</sup> précité, bien que reconnaissant expressément l'action *de in rem verso* comme fondement de cette indemnité, ne calculait pas celle-ci selon le double plafond de l'enrichissement et de l'appauvrissement mais avait fixé l'indemnité à 50 000 F en se limitant à préciser qu'il serait injuste de ne pas verser une indemnité à l'épouse. M. Massip précisait donc dans le commentaire de cet arrêt que la Cour avait tenu un raisonnement illogique et aurait dû tirer toutes les conséquences de l'application de l'action *de in rem verso* en l'occurrence.

**500.**La Cour de cassation<sup>958</sup> est également intervenue et a décidé en 1989 que la Cour d'appel de Rennes « n'avait pas à rechercher si cette collaboration avait enrichi le mari et appauvri la femme ». La Haute Cour française a alors simplement écarté l'enrichissement sans cause. C'est ainsi qu'en distinguant l'indemnité exceptionnelle de l'indemnité versée dans le cadre de l'action *de in rem verso*, la jurisprudence a permis à l'un des époux de pouvoir entreprendre ces deux actions simultanément. En effet, tant que l'on considérait que l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 C.civ. était fondée sur l'action en enrichissement sans cause au nom du principe de subsidiarité, qui constitue une condition essentielle de l'action *de in rem verso*, il était impossible d'engager ces deux actions simultanément. Ainsi, à partir du moment où l'on considérait que le fondement de l'indemnité exceptionnelle n'était plus l'enrichissement sans cause, il suffisait pour le conjoint de prouver qu'outre son travail, une autre cause avait permis à son époux de s'enrichir pour que les deux actions, indemnité exceptionnelle et enrichissement sans cause, puissent être engagées simultanément. L'indemnité exceptionnelle ne permettant d'indemniser que le travail effectué par un époux dans le cadre de l'entreprise de son conjoint et non le travail domestique, il était alors possible de penser que l'action *de in rem verso* pouvait intervenir pour cette seconde cause. Malheureusement la preuve était difficile à apporter et l'on pouvait douter de l'efficacité réelle de cette possibilité d'utiliser simultanément les deux actions.

**501.**Si l'influence de l'action *de in rem verso* avait été écartée par la jurisprudence française, cette influence paraît en revanche beaucoup plus marquée pour la prestation compensatoire québécoise. Cette prestation apparaît même avoir ouvertement comme fondement la notion d'enrichissement sans cause. En effet, les critères de mise en œuvre de cette prestation sont

---

<sup>957</sup> Cour d'appel de Caen, 13 mars 1980, *op. cit.*.

<sup>958</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *D.* 1989, 582, note Jacques Massip.

outre l'enrichissement, l'appauvrissement et le lien de causalité entre les deux, une absence de cause à cet enrichissement. Les conditions de l'enrichissement sans cause semblent donc bien remplies. Ce fondement de la prestation compensatoire est d'ailleurs reconnu tant par les auteurs<sup>959</sup> que par la jurisprudence. La Cour suprême<sup>960</sup> a même fait référence à la jurisprudence relative à l'action *de in rem verso* pour élaborer le régime juridique de cette prestation. Cette reconnaissance de l'enrichissement sans cause dans les relations entre conjoints peut également être renforcée par les circonstances qui sont à l'origine de la naissance de cette prestation et par le fait que législateur a voulu avant tout pallier à l'insuffisance de la jurisprudence et au refus des juges d'admettre qu'un enrichissement sans cause puisse exister entre conjoints. En instituant la prestation compensatoire, le législateur québécois donnait donc à l'action en enrichissement sans cause entre conjoints une valeur légale. Toutefois en instituant une telle prestation, le législateur québécois n'a-t-il pas répondu également au fondement plus général d'équité, et ce fondement n'est-t-il pas également à l'origine de l'indemnité exceptionnelle française ?

#### d. L'équité ?

**502.** En instituant la prestation compensatoire, le législateur québécois a certainement été influencé par une volonté d'équité. M. Kassirer précise d'ailleurs que si la prestation compensatoire n'est pas en tant que telle une mesure d'équité<sup>961</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle a été conçue en équité<sup>962</sup>. Comme nous l'explique M. Comtois<sup>963</sup>, la prestation compensatoire « se veut un remède à certains résultats inéquitables pour l'un des partenaires au contrat matrimonial ». Les tribunaux québécois, avant l'adoption de cette institution, avaient constaté les iniquités susceptibles de naître de l'application du droit des régimes

---

<sup>959</sup> Voir par exemple Anfousse Suzanne, « Etat de la jurisprudence sur la prestation compensatoire », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, F.P.B.Q., 1991, page 323. Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, 1988, Ed. Wilson et Lafleur, n° 72 p. 59 et s.

<sup>960</sup> *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259

<sup>961</sup> Et que de plus, selon M. Caparros elle n'est pas tirée directement des institutions nées de l'*equity* dans les provinces de *common law*, voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, 1988, Ed. Wilson et Lafleur, n° 68, p. 56. Pineau Jean et Pratte Marie, *Le droit de la famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 164.

<sup>962</sup> « The promise of relief came in the guise of the compensatory allowance, enacted not, of course, as a measure of Equity but most certainly as conceived in equity », Kasirer Nicholas, « Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », dans *Contemporary Law – Droit contemporain*, Association canadienne de droit comparé et association québécoise de droit comparé, 1995, p. 190 et plus particulièrement p.196. M. Comtois la qualifie d'ailleurs expressément de mesure d'équité, « La prestation compensatoire, une mesure d'équité », (1983) 85 *R. du N.* 367, et plus particulièrement p. 373

<sup>963</sup> Comtois Roger, « La prestation compensatoire, une mesure d'équité », (1983) 85 *R. du N.* 367, et plus particulièrement p. 373.



matrimoniaux en particulier dans le cas d'un régime de séparation de biens<sup>964</sup> mais ils ne se sentaient pas pour autant habilités à les corriger<sup>965</sup>. Or c'est bien dans l'objectif de rétablir l'équilibre entre les conjoints et donc par volonté d'équité<sup>966</sup> que le législateur québécois est intervenu. A cet égard, soulignons que lors de la deuxième lecture du projet de loi 89 devant l'Assemblée nationale du Québec, le ministre de la Justice, M. Marc-André Bédard, avait précisé que la prestation compensatoire est « une innovation importante dans notre droit qui vise à donner un instrument d'équilibre de nature à favoriser le respect du principe de l'égalité entre les époux »<sup>967</sup>. Le législateur est d'ailleurs allé très loin puisque, par le biais de cette prestation, il a modifié les règles de partage des régimes matrimoniaux, en particulier dans le cadre de la séparation de biens. Certains se sont même demandé si, avec l'instauration de cette prestation, il ne s'agissait pas de la fin du régime de séparation de biens<sup>968</sup>.

**503.** Mais, si la prestation compensatoire du droit québécois semble donc bien avoir été instituée par volonté d'équité, qu'en est-t-il de l'indemnité exceptionnelle du droit français ?

**504.** Pour de nombreux auteurs, c'est aussi l'équité qui est à l'origine de la volonté du législateur français lorsqu'il a introduit l'indemnité exceptionnelle. C'est en particulier le cas de M. Mayaux<sup>969</sup> ou encore de M. Massip<sup>970</sup>. Le doyen Carbonnier<sup>971</sup> l'avait pour sa part défini comme l'application de la maxime « Toute peine mérite salaire ». Cette maxime correspondait bien à l'objectif du législateur de 1975 et avait pour avantage, contrairement à l'action *de in rem verso*, de ne pas imposer de modèle de fixation du montant de l'indemnité exceptionnelle. Cornu<sup>972</sup>, de son côté, voyait cette institution comme une application typique du pouvoir modérateur des juges et du pouvoir général d'équité dont ils disposent. Ce pouvoir modérateur aurait dû laisser une grande liberté aux juges du fond quant à la détermination et à

---

<sup>964</sup> Voir en particulier le Juge Mayrand dans la décision *Lévesque c. Faguy*, (1978) C.A. 376 : « La déception et la frustration de l'intimée se comprend aisément. Mais la loi, telle qu'elle existe présentement, ne permet pas de corriger les effets indésirables du régime conventionnel de la séparation de biens. Si l'intimée l'a choisi plutôt que de s'en tenir au régime légal, c'est qu'elle y trouvait des avantages ; elle doit aussi en accepter les inconvénients ».

<sup>965</sup> Voir Caparros Ernest, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, 1988, Ed. Wilson et Lafleur, n° 67, p. 55.

<sup>966</sup> M. Cossette considère que le législateur a agi par souci d'équité, équité qui, selon lui, n'est pas nouvelle en droit québécois, Cossette André, « Le régime de séparation de bien est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? », (1985), 87 *R. du N.* 456, p. 467.

<sup>967</sup> *Débats de l'Assemblée nationale*, 31<sup>ème</sup> session, 1980-1981, 4 décembre 1980, p. 604.

<sup>968</sup> Cossette André, *op. cit.* Il en arrive néanmoins à la conclusion que ce régime n'a pas disparu.

<sup>969</sup> Mayaux Luc, note sous Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1990, *D.* 1991, 126.

<sup>970</sup> Massip Jacques, note sous Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *D.* 1989, 583.

<sup>971</sup> Carbonnier Jean, *La famille*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF 2002, page 623.

<sup>972</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, éd. Montchrestien, 2003, n°368 p. 580.

la fixation de cette indemnité mais, en réalité, les magistrats, ne se sont laissé que peu de liberté d'action et, comme le faisait remarquer M. Mayaux<sup>973</sup>, ont même pu avoir une démarche allant à l'encontre de l'équité. Ainsi, dans une décision du 26 avril 1990, la Cour de cassation<sup>974</sup> a refusé la révision de l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al. 2 C.civ. Cette décision apparaissait, pour M. Mayaux, d'autant plus injuste qu'en l'occurrence c'était le débiteur de la prestation, et donc l'époux non fautif, qui demandait la révision à la baisse de l'indemnité. En effet, les juges auraient pu admettre la possibilité générale d'une révision puis, en fonction des faits de l'affaire qui ne nous étaient pas exposés par la Cour, apprécier si en l'occurrence, cette révision était possible. Les magistrats ont préféré poser le principe général de l'impossibilité de la révision et n'ont donc fait usage de leur pouvoir modérateur que dans une certaine mesure. Cette solution pouvait paraître critiquable si l'objectif des juges était bien de fonder l'indemnité exceptionnelle sur l'équité.

**505.**Tant l'indemnité exceptionnelle française que la prestation compensatoire québécoise tirent donc leur fondement de l'équité. Il ne faut en effet pas oublier qu'elles poursuivent un même but : dédommager un époux qui a travaillé pour l'autre et n'en a tiré aucun bénéfice. Au Québec, c'est plus particulièrement l'enrichissement sans cause, lui-même application de l'équité, qui semble s'être imposé comme source d'inspiration de la prestation compensatoire. Tant l'histoire de cette prestation que la clarté des dispositions qui déterminent comme conditions de cette prestation celles de l'enrichissement sans cause, amènent à cette conclusion. En droit français, en revanche, les dispositions et l'histoire de l'indemnité exceptionnelle ne permettent pas d'affirmer le fondement de l'action *de in rem verso* avec autant de certitude et d'autres fondements et sources d'inspiration ont donc été proposés.

*e. D'autres fondements possibles ?*

**506.**Deux autres fondements ont été envisagés pour l'indemnité exceptionnelle de droit français : la gestion d'affaires et la créance sur salaire différé.

---

<sup>973</sup> Voir Mayaux Luc, note sous Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1990, *D.* 1991, 126.

<sup>974</sup> Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1990, *op. cit.*

*α) La gestion d'affaires*

**507.**La gestion d'affaires qui fait partie des quasi-contrats au même titre que l'enrichissement sans cause a pu être proposée comme fondement pour l'indemnité exceptionnelle française<sup>975</sup>. L'art. 1372 al. 1 C.civ. prévoit ainsi que «lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ». Selon Mme Cathelineau, deux conditions sont essentielles dans la gestion d'affaires. La première est l'intention du gérant de gérer l'affaire d'autrui, la seconde, l'utilité de la gestion. La jurisprudence a, de plus, étendu largement l'interprétation de celle-ci et acceptée que la gestion n'ait pas été faite dans un but altruiste et que le gérant d'affaires ait eu intérêt dans la gestion (ce qui serait le cas du conjoint qui agirait dans son propre intérêt). Selon cet auteur, l'art. 280-10 al. 2 C.civ. pouvait être considéré comme une catégorie de gestion d'affaires dans le sens où l'époux appauvri demandeur se conduisait comme un gérant et l'époux enrichi était dans la même situation que le géré. Mme Cathelineau faisait donc découler l'indemnité de la gestion d'affaires, de même, qu'en son temps, l'action en enrichissement sans cause a été considérée comme étant le prolongement de cette même action<sup>976</sup>.

**508.**Toutefois, Madame Cathelineau n'a pas pris en considération une condition essentielle de la gestion d'affaires qui était celle selon laquelle le géré ne devait avoir à aucun moment donné son accord ou exprimé son opposition à la gestion d'affaires<sup>977</sup>. Si l'on appliquait les conditions de la gestion d'affaires à l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al. 2 C.civ., il nous paraît peu probable, qu'à aucun moment, l'époux enrichi n'ait donné son consentement ou exprimé son opposition au travail fourni par son conjoint. Le plus souvent, il était lui-même à l'origine du travail fourni par celui-ci et lui avait demandé de l'aider. De plus, il faut remarquer que généralement la gestion d'affaires intervient dans des cas exceptionnels et ponctuels. Le cas typique de gestion d'affaires est celui où une personne fait refaire le toit de son voisin, qui vient de s'envoler, pendant que ce dernier est en vacances. Cette situation

---

<sup>975</sup> Voir Cathelineau Anne, « l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al.2 C.civ. », *D.* 1994, chronique p. 148.

<sup>976</sup> Voir Cathelineau Anne, *op. cit.*

<sup>977</sup> Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, n° 1039, p. 1093, Flour Jean, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011, n°6 et s. p. 9 et s., Bénabent Alain, *Droit civil, les obligations*, 13<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2012, n°462 et s., p. 330 et s.

intervient de façon très ponctuelle. Si on s'intéresse de nouveau au travail fourni par un époux à son conjoint, nous pouvons remarquer que l'indemnité exceptionnelle ne pouvait être versée que si l'époux avait travaillé pendant un certain nombre d'années pour son conjoint<sup>978</sup>.

**509.**En droit québécois, ce fondement de la gestion d'affaires n'a jamais été retenu, bien que la gestion d'affaires soit présente dans le Code civil du Québec<sup>979</sup>. Les auteurs ont préféré utiliser le quasi-contrat qu'il considérait comme le plus adapté pour la prestation compensatoire québécoise : l'enrichissement sans cause.

**510.**Dans le cas de l'indemnité exceptionnelle du droit français, un autre fondement spécifique a été également proposé, qui pour sa part est inconnu en droit québécois, la créance sur salaire différée.

#### *β) La créance sur salaire différée ?*

**511.**Une autre institution à laquelle pourrait être rapprochée l'indemnité exceptionnelle est la créance sur salaire différée existant en droit français<sup>980</sup>. Cette créance a été instaurée par un décret-loi du 29 juillet 1939<sup>981</sup>. Elle permet à un descendant d'un exploitant agricole, qui a travaillé sur l'exploitation de ce dernier sans recevoir aucune contrepartie, de percevoir une indemnité au moment du décès de cet exploitant<sup>982</sup>. Cette institution a été mise en œuvre par le législateur dans le but de rétablir l'équité dans les successions<sup>983</sup>. En effet, le descendant, en travaillant bénévolement sur le fonds du *de cuius*, a permis à l'exploitation, et donc au patrimoine du *de cuius*, de s'améliorer. Si, au jour de la succession, il reçoit la même part que les autres descendants, ceux-ci se seront enrichis à ses dépens. La créance sur salaire différé permet donc de pallier à cette iniquité en donnant la possibilité à ce descendant de recevoir une indemnité pour le travail qu'il a fourni. Ce mécanisme de la créance sur salaire différé est maintenant couplé avec celui de l'attribution préférentielle de l'exploitation lors de la liquidation de la succession de l'exploitant<sup>984</sup>. L'indemnité obtenue par le biais de la créance

---

<sup>978</sup> Une Cour a ainsi pu refuser d'accorder l'indemnité exceptionnelle en raison de la durée trop courte de la collaboration, en l'occurrence trois ans, CA Rennes, 23 novembre 1998, *Dr. Fam.* 1999, n°98 3<sup>ème</sup> espèce, n. Hervé Lecuyer.

<sup>979</sup> Art. 1482 et s. C.c.Q.

<sup>980</sup> Cathelineau Anne, « l'indemnité exceptionnelle de l'art. 280-1 al.2 C.civ. », *D.* 1994, chronique p. 150.

<sup>981</sup> Décret-loi relatif à la famille et à la natalité française, *D.* 1939 IV 369.

<sup>982</sup> Articles L. 321-13 et suivants du Code rural.

<sup>983</sup> Voir le rapport en annexe du décret-loi sous ce même décret dans le Recueil Dalloz 1939, IV 369.

<sup>984</sup> Voir Jallais Alain, « Salaire différé des descendants d'exploitants agricoles », *Juris-Classeur Art.* 816 à 842 Fasc. 70, Partage fasc. 160, 2002, page 5.

sur salaire différé permet à l'héritier bénéficiaire de l'attribution préférentielle de payer en grande partie la soulte due aux autres héritiers et la combinaison de ces deux systèmes permet ainsi la transmission d'une exploitation agricole dans son intégralité. On évite alors le démantèlement des exploitations et on permet la survie de l'activité agricole.

**512.** Depuis, cette créance sur salaire différée a été ouverte aux conjoints survivants des artisans et des commerçants, cette créance a été étendue au profit des conjoints d'agriculteurs en 1999<sup>985</sup>.

**513.** Tant l'indemnité exceptionnelle que la créance sur salaire différée interviennent dans le cadre des relations familiales. Toutes deux ont comme objectif de permettre à une personne d'obtenir une indemnité pour le travail qu'elle avait fourni pendant de nombreuses années soit à un ascendant soit à son ex-époux. Toutefois, la créance sur salaire différée semble plus restreinte et son objectif, avant la réforme du droit des successions de 2001, était de permettre au conjoint, qui se voyait concurrencer par les héritiers réservataires lors de la succession de son époux, d'obtenir une certaine compensation pour son travail et une part des biens du *de cuius* plus importante que ce qu'il devait percevoir<sup>986</sup>. Il a également été soutenu que l'indemnité exceptionnelle n'avait pas pour objectif de remplacer un salaire mais bien l'octroi d'une simple indemnité et que les hypothèses de collaboration retenue par la jurisprudence ne correspondaient pas à un véritable contrat de travail<sup>987</sup>.

**514.** Toutefois malgré ces objections, lors de l'adoption de la loi d'orientation agricole de 1999, certains députés avaient proposé d'étendre le bénéfice de cette créance sur salaire différé aux conjoints divorcés. L'assemblée a rejeté cet amendement au motif que, dans le cadre du divorce, il existait la prestation compensatoire ainsi que l'art. 280-1 al. 2 C.civ.<sup>988</sup>. Il est donc certain qu'il existait un lien entre la créance de salaire différé et l'indemnité de l'art. 280-1 al. 2 C.civ. (de même qu'avec la prestation compensatoire). L'indemnité exceptionnelle

---

<sup>985</sup> Pour les conjoints d'agriculteurs voir la Loi 99-574 du 9 juillet 1999 qui a inséré l'article 321-5 du Code rural, qui renvoie à l'article 321-21-1 du même Code. En ce qui concerne les conjoints de commerçants et d'artisans, voir l'article 14 de la Loi 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin ».

<sup>986</sup> CDER, Centre D'Economie Rurale, « La créance de salaire différé du conjoint survivant ou la reconnaissance de bons et loyaux services », disponible en ligne sur le site du CDER

[http://www.cder.fr/Bulletin\\_liaison/bl132/bl1323.htm](http://www.cder.fr/Bulletin_liaison/bl132/bl1323.htm)

<sup>987</sup> Cathelineau Anne, *op. cit.*, p. 151.

<sup>988</sup> Lachaud Jacques, « Les aspects essentiels de la loi d'orientation agricole 1999 », *Gaz. Pal.* 1999 II 1300 ; Sénat, *Avis 151 (98-99)* - Commission des Affaires Sociales, Projet de loi d'orientation agricole, Leclerc Dominique, trouvé sur <http://www.senat.fr/rap/198-151/198-151.html>

remplaçait la créance de salaire différé pour le conjoint divorcé. Il nous apparaît donc qu'elle remplissait le même rôle qui est d'obtenir une compensation pour le travail fourni.

**515.**L'indemnité exceptionnelle permettait certainement à un conjoint d'éviter que son ex-époux ne s'enrichisse à son détriment. Comme nous le fait remarquer M. Cornu<sup>989</sup>, l'indemnité exceptionnelle intervenait essentiellement dans le cadre d'un mariage sous régime de séparation de biens, c'est à dire dans le cadre d'un régime matrimonial où le conjoint appauvri ne profitait pas de l'enrichissement de son conjoint, et où il (ou plutôt elle puisqu'il s'agissait généralement de l'épouse) n'avait que peu de moyens lors du divorce. Il en est de même pour la prestation compensatoire québécoise qui intervient souvent dans le cas de divorces entre époux séparés de biens. Néanmoins l'avantage de cette prestation compensatoire est qu'elle intervient dans un domaine beaucoup plus large que l'indemnité exceptionnelle française et s'avère donc beaucoup plus favorable que l'indemnité exceptionnelle ne l'était.

## **B. Le régime de ces institutions**

**516.**Bien que ces deux institutions aient des fondements très proches, elles diffèrent quant à leur régime, leurs champs d'application n'étant pas les mêmes.

### *1. Le domaine d'application de ces institutions*

**517.**Le législateur français avait souhaité limiter l'usage de l'indemnité exceptionnelle française au seul cas d'un époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé, celui-ci n'ayant aucun droit à une prestation compensatoire selon le droit français. Le législateur québécois, pour sa part, a ouvert la prestation compensatoire québécoise à tous les ex-époux sans distinction. Deux raisons peuvent expliquer cette ouverture. La première est que dès 1968, on a voulu au Canada et au Québec détacher les conséquences du divorce de l'idée de toute faute. La seconde est que le législateur québécois a souhaité, en 1980, répondre à un problème général de société susceptible de toucher tous les conjoints, et plus particulièrement

---

<sup>989</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien 2003, note 98, page 581.

les conjointes, et non pas de répondre à un cas particulier comme le législateur français. Il a donc ouvert cette action le plus largement possible.

**518.**Cette idée d'ouverture se retrouve dans toutes les dispositions relatives à la prestation compensatoire et en particulier quant au moment de l'ouverture du droit à une prestation compensatoire au Québec. L'article 427 du Code civil québécois prévoit ainsi que la prestation peut être ordonnée par le juge au moment où il prononce le divorce, la séparation de corps ou la nullité du mariage. Elle peut également être demandée dans un cas très particulier. Il s'agit de celui où l'époux demandeur a collaboré à l'entreprise de son conjoint et où cette entreprise est aliénée, liquidée ou dissoute volontairement ou non. Ce cas intervient en réalité rarement et on souhaite que le conjoint puisse récupérer son apport, en biens ou en service, rapidement après que l'entreprise ait été dissoute. Les autres cas de demandes correspondent au moment où le couple disparaît mais pas le mariage lui-même. En effet, le Code civil n'impose pas que le mariage soit dissout pour que l'un des époux puisse revendiquer une prestation compensatoire. Il prévoit la possibilité de demander une prestation lors de la simple séparation de corps des époux. Le législateur permet ainsi aux époux de pouvoir agir rapidement, de pouvoir prouver plus facilement l'apport qui a été fourni et aussi d'éviter que l'époux qui s'est enrichi, n'ait perdu cet enrichissement puisque, comme nous aurons l'occasion de le remarquer ultérieurement, l'action devient irrecevable si l'époux ne peut prouver l'enrichissement de son conjoint au jour où il fait la demande de prestation.

**519.**Avant la réforme du droit du divorce en 1985, se posait au Québec le problème de savoir quand exactement la demande de prestation compensatoire devait être faite. En effet, le divorce était alors prononcé en deux temps et un jugement conditionnel était prononcé avant le jugement définitif. La question du moment où pouvait être demandée la prestation compensatoire avait donc une importance non négligeable, l'époux enrichi pouvant faire en sorte que cet enrichissement disparaisse entre les deux jugements. La loi de 1985 ayant unifié les deux jugements de divorce en un seul, il est maintenant certain que la demande doit être faite au jour du jugement de divorce et non antérieurement et encore moins postérieurement au jugement de divorce. Il en est de même dans le cas de la séparation de corps ou d'annulation du mariage. La prestation compensatoire québécoise est octroyée lors du jugement prononçant la séparation ou l'annulation.

**520.** Une limite peut toutefois être trouvée à une demande de prestation compensatoire avec le patrimoine familial. A l'instar de Mme Lalonde<sup>990</sup>, imaginons que l'un des époux ait permis avec son salaire l'acquisition de la maison familiale, pendant que son mari alcoolique dilapidait l'argent. Lors du partage du patrimoine familial en cas de divorce, le mari aura droit à la moitié de la valeur de la maison. Il serait possible d'imaginer que le tribunal ordonne le versement d'une prestation compensatoire en faveur de la femme, le mari s'étant enrichi à ses dépens. Les juges refuseront toutefois cette solution en considérant que la mesure destinée à remédier aux injustices du mariage est le patrimoine familial et non la prestation compensatoire et cette dernière n'est pas destinée à détourner les règles d'application du patrimoine familial. Dans notre cas d'école, un partage inégal du patrimoine pourra être mis en œuvre ainsi que nous l'avons vu<sup>991</sup>. La prestation compensatoire n'est donc ouverte qu'à l'égard des biens accumulés en dehors du patrimoine familial<sup>992</sup>.

**521.** L'indemnité exceptionnelle avait un autre domaine d'application que la prestation compensatoire du droit québécois. Elle ne pouvait en effet être mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute<sup>993</sup> et devait être expressément demandée<sup>994</sup>. La Cour de cassation était très stricte à ce sujet et a ainsi refusé d'octroyer une telle indemnité à une épouse qui avait travaillé 35 ans dans le commerce de son mari mais qui avait demandé une prestation compensatoire et non une indemnité exceptionnelle<sup>995</sup>. Cette indemnité ne pouvait en aucune façon être demandée au cours du mariage. La seule solution pour un époux français était, et est encore, de mettre en œuvre une action en enrichissement sans cause afin de bénéficier de la même opportunité qu'un conjoint québécois en cas de séparation de corps ou de dissolution de la société. Néanmoins, lorsque cette action est mise en œuvre, le couple est généralement en crise et ces cas de crises reviennent aux cas prévus par le législateur québécois, soit la séparation de corps, le divorce ou la nullité du mariage. Le cas de la dissolution de l'entreprise correspond plus à des nécessités économiques.

---

<sup>990</sup> Lalonde Christiane, « Le partage et certains recours en cas de litige conjugal », *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial*, 2014, p. 422.

<sup>991</sup> Voir n°342 et s.

<sup>992</sup> Voir par exemple *R. (M.-F.) c. T.(P.)*, EYB 2006-101789 (C.S.)

<sup>993</sup> La jurisprudence rappelait systématiquement ce principe en cas de demandes tardives et refusaient de telles demandes, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 mai 1999, *Dr. Fam.* Septembre 1999, p. 20, juris. n°98, note Lécuyer, *Rep. Def.* 2000, art. 37096, n. Massip Jacques, p. 108.

<sup>994</sup> Voir Fortis Elisabeth, « Divorce (second conséquences) », *Répertoire civil Dalloz*, août 2003, p. 27 n°214. Voir aussi Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mai 1996, *D.* 1998 p. 395, *RTDCiv.* 1996 p. 585 n. Hauser Jean, *Dr. Fam.* 1996, com. n°12, n. Lécuyer Hervé

<sup>995</sup> Voir Civ. 2<sup>ème</sup>, 5 juillet 2001, inédit, trouvé sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)



**522.** Si on se limite à la comparaison entre la prestation compensatoire québécoise et l'indemnité exceptionnelle française, la prestation compensatoire semble avoir un domaine d'application beaucoup plus large que cette indemnité exceptionnelle. Qu'en est-il alors des conditions d'application précises pour l'octroi soit de cette prestation compensatoire soit de l'indemnité exceptionnelle ?

## 2. Les conditions nécessaires pour l'octroi de ces prestation et indemnité

**523.** La prestation compensatoire québécoise<sup>996</sup> étant essentiellement fondée sur l'action *de in rem verso*, elle devrait reprendre ces conditions essentielles que sont l'enrichissement, l'appauvrissement, le lien de causalité entre les deux, la proportion dans laquelle l'enrichissement a été fait, et l'absence de justification<sup>997</sup>. C'est ce qu'a reconnu La Cour suprême du Canada, dans la décision *Lacroix c. Valois*<sup>998</sup>, en énonçant que les conditions nécessaires pour espérer obtenir une prestation compensatoire étaient les suivantes : l'apport, l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, le lien de causalité entre les deux et la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement. Elle a, de plus, précisé que ces différents éléments devaient être évalués par le juge avec une certaine souplesse. Elle<sup>999</sup> est de nouveau intervenue en 1992 pour définir les éléments qui servent actuellement à évaluer l'octroi ou non d'une prestation compensatoire. Six éléments ont ainsi été dégagés : l'apport, quelles qu'en soient la forme et la nature, l'enrichissement, le lien causal, qui doit être « adéquat » mais pas être rigoureux, la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement, l'appauvrissement concomitant de celui/celle qui a fourni l'apport, l'absence de justification à l'enrichissement.

**524.** Ces conditions sont donc directement celles de l'action en enrichissement sans cause telles que nous avons pu les déterminer précédemment. En droit français, en revanche, les juges avaient cherché à détacher l'indemnité exceptionnelle de l'enrichissement sans cause. Mais, s'il existe des éléments de distinction entre l'indemnité exceptionnelle française et l'action *de in rem verso*, de nombreuses conditions sont similaires et il nous paraît donc

---

<sup>996</sup> Pour une description analytique des conditions d'octroi de la prestation compensatoire québécoise voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000, n°413, p. 130 et s.

<sup>997</sup> Voir les articles 1493 et suivants du Code civil du Québec.

<sup>998</sup> *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259

<sup>999</sup> *M. (M.E) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183. Voir également Lalonde Christiane, « Le partage et certains recours en cas de litige familial », *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions – Titre II – Le droit familial – Chapitre VII – Le patrimoine familial*, 2014, p. 463.

adapté d'étudier le régime de l'indemnité exceptionnelle française parallèlement avec celui de la prestation compensatoire québécoise en nous fondant sur les conditions posées par la Cour suprême canadienne.

*a. L'apport*

**525.**Dans le cadre de l'indemnité exceptionnelle française, seul le travail professionnel exercé pendant le mariage au profit de l'autre conjoint peut être pris en compte comme apport. Le travail au foyer ou même tout apport en nature ne pouvait amener au versement d'une indemnité exceptionnelle et l'ancien article 280-1 alinéa 2 du Code civil précisait bien qu'il devait s'agir de la « collaboration apportée à la profession de l'autre époux ». La jurisprudence interprétait strictement cette condition et la Cour d'appel de Paris avait, par exemple, refusé une indemnité exceptionnelle à l'épouse qui avait arrêté de travailler pendant plusieurs années pour s'occuper des enfants au motif qu'elle n'avait jamais collaboré à la profession de son époux<sup>1000</sup>. Cette interprétation stricte était certainement liée à la rédaction même de l'article 280-1 alinéa 2 mais n'est pas sans rappeler la jurisprudence relative à l'enrichissement sans cause en France qui reconnaît difficilement le travail au foyer comme un travail indemnisable<sup>1001</sup>. De plus, outre cet apport exclusivement professionnel, l'époux exclusivement fautif devait prouver que tant la vie commune que la collaboration professionnelle avaient été suffisamment longues<sup>1002</sup>. Une indemnité exceptionnelle avait en revanche été octroyée à une épouse qui avait participé gratuitement à l'activité commerciale de son mari pendant cinq ans sans bénéficier d'aucun statut ni d'un droit de retraite<sup>1003</sup> ou encore à un mari qui avait abandonné son travail pour se consacrer à l'administration et à l'amélioration des biens de son épouse<sup>1004</sup>.

---

<sup>1000</sup> CA Paris, 17 février 1999, *Dr. Fam.* Septembre 1999, p. 21, juris. n°98, note Lécuyer Hervé. Voir également Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2001, inédit, trouvé sur [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). Dans une autre affaire, les travaux de réfection des immeubles des beaux-parents et du domicile conjugal par le mari ont été considérés comme ne rentrant dans le cadre de la collaboration à la profession du conjoint et ne pouvaient donc donner lieu à une indemnité exceptionnelle, ceci d'autant plus que le mari avait été payé et eu un statut pour sa collaboration à l'activité professionnelle de son épouse, CA Aix-en-Provence, 13 avril 2006, *Dr. Fam.* décembre 2006, com. n° 206 p. 50, com. Larribau-Terneyre Virginie.

<sup>1001</sup> Voir n°366 et s.

<sup>1002</sup> Anc. art. 280-1 alinéa 2 C.civ. *in fine*. Ainsi, n'avait pas été jugée suffisamment longue pour donner lieu à une indemnité exceptionnelle la collaboration de l'épouse qui avait travaillé avec son conjoint d'août 1968 à octobre 1971, CA Rennes, 23 novembre 1998, *Dr. Fam.* Septembre 1999, p. 21, juris. n°98, note Lécuyer.

<sup>1003</sup> CA Grenoble, 23 mars 1998, *Juris-Data* n°1998-041136.

<sup>1004</sup> CA Pau, 11 février 2002, *Juris-Data* n°2002-169099.

**526.**Dans le cadre de la prestation compensatoire québécoise, l'apport peut se faire de façons beaucoup plus diverses et on retrouve, en l'occurrence, la volonté du législateur d'ouvrir largement le droit à cette prestation. L'apport peut ainsi se faire en biens ou en service. En ce qui concerne l'apport en biens, il pose peu de problèmes<sup>1005</sup>. En revanche l'apport en service s'avère plus problématique<sup>1006</sup>. Si cet apport concerne un service professionnel, comme par exemple le cas de l'époux qui gère la comptabilité de son conjoint ou encore celui qui s'occupe de subvenir aux besoins de la famille et paie les études de son conjoint, la détermination de ces services pose peu de problème et les juges, de même que les juges français dans le cadre de l'enrichissement sans cause ou de l'indemnité exceptionnelle, ont toujours admis que le conjoint appauvri pouvait obtenir une compensation s'il remplissait également les autres conditions.

**527.**En revanche, de nombreuses questions se sont posées quant à la possibilité d'octroyer une prestation compensatoire à une épouse qui était demeurée au foyer sans avoir jamais intégré le marché du travail. Cette épouse peut-elle demander une prestation compensatoire en faisant valoir qu'elle a permis à son époux de promouvoir sa carrière quand, par exemple, elle a organisé des réceptions pour ses clients ?

**528.**La jurisprudence québécoise a pendant longtemps été partagée entre deux courants. Le premier de tendance libérale, minoritaire mais qui correspondait mieux à la volonté du législateur, considérait que l'épouse était en droit dans de telles circonstances de recevoir une prestation. Le second de tendance plus traditionnelle, et en continuité avec la jurisprudence stricte antérieure à l'adoption de la prestation compensatoire, faisait prévaloir que l'épouse n'avait fait que contribuer aux charges du ménage et accomplir sa tâche traditionnelle qui est celle d'aider son mari. Ce partage entre les deux tendances se retrouvait au sein de la Cour d'appel du Québec ainsi que nous le montre la décision essentielle en la matière : la décision *Poirier c. Globensky* de la Cour d'appel de 1985<sup>1007</sup>. Dans celle-ci, c'est la tendance traditionnelle qui l'emporta. Le Juge Nichols, qui représentait l'opinion majoritaire, a ainsi

---

<sup>1005</sup> Pour voir le lien entre l'apport en biens et le fait que ce bien entre dans le patrimoine familial voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 147.

<sup>1006</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *Le droit de la famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 168 et s.

<sup>1007</sup> *Poirier c. Globensky*, D. Famille – 67, [1985] C.A. 135 à 155. Voir comme commentaires de cette décision : Castelli Mireille, « La Cour d'appel et la prestation compensatoire », (1985) 16 *R.G.D.* 625, Pineau Jean et Burman Danielle, « La prestation compensatoire à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Poirier c. Globensky* », (1985) 19 *R.J.T.* 281, L'Heureux-Dubé Claire, « L'arrêt « *Poirier c. Globensky* » sous les feux du droit comparé », (1985) *R. du N.* 435, Payne Julien D., « *Poirier v. Globensky* : an Ontario Perspective », (1985) 87 *R. du N.* 438, Lamontagne Denys-Claude, « La prestation compensatoire : les conditions d'application », (1985) 87 *R. du N.* 507.

considéré que l'épouse ne pouvait recevoir de prestation pour le travail qu'elle avait pu fournir dans son foyer, ce service correspondant à sa contribution aux charges du mariage. Le Juge Beauregard, juge en partie dissident, avait, pour sa part, mis en relief que rien n'empêchait d'attribuer une prestation compensatoire pour les services domestiques. Il distinguait alors deux cas. Le premier cas était celui où l'un des époux désirait rester à la maison, s'acquittait à peine des charges domestiques et profitait des revenus de son conjoint. Dans ce cas, aucune prestation ne devait être accordée. Le second était celui où le conjoint a dû quitter un travail rémunérateur pour s'occuper presque seul du foyer et des enfants avec un budget restreint pendant que son conjoint enrichissait son patrimoine personnel. Le Juge Beauregard considérait qu'alors une prestation compensatoire devait être versée à l'époux qui était resté au foyer. Entre ces deux cas, le Juge considérait qu'il revenait aux juges du fond d'apprécier la situation comme dans toute situation d'équité<sup>1008</sup>. Le juge allait très loin dans ce cas en acceptant largement la prestation compensatoire pour tout travail domestique.

**529.**La position de la majorité des juges de la Cour d'appel fut toutefois plus traditionnelle et consistait à s'immiscer le moins possible dans les relations du couple et à n'accepter d'octroyer une prestation compensatoire que dans des situations exemptes de doute et où il existait un lien direct entre l'apport et l'enrichissement. Elle pouvait ainsi être comparée à celle de la jurisprudence française en matière d'enrichissement sans cause et montrait bien le problème de la délimitation de ce qui est considéré comme une contribution aux charges du mariage et de ce qui ne l'est pas<sup>1009</sup>.

**530.**La prestation compensatoire n'avait alors pas atteint son but et a même pu être utilisée dans un objectif contraire à celui qu'avait voulu lui octroyer le législateur puisque la jurisprudence a pu l'utiliser en faveur de certains époux qui souhaitaient récupérer la somme qu'ils avaient pu verser au nom de leur femme dans le cadre d'achat en indivision. Ainsi, la Cour d'appel avait octroyé une prestation compensatoire à un mari pour la donation qu'il avait fait à sa femme de la moitié indivise de la résidence familiale au motif que cette donation n'avait pas pour but « d'enrichir le patrimoine de l'appelante mais uniquement de mettre le domicile familial à l'abri des créanciers de l'intimé, étant donné l'état précaire des finances »<sup>1010</sup>.

---

<sup>1008</sup> *Poirier c. Globensky, Droit de la Famille* – 67, [1985] C.A. 135 à 155, p. 142.

<sup>1009</sup> Bolze Antoine, « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, chronique n°5, et plus particulièrement p. 15.

<sup>1010</sup> *Droit de la Famille* – 698, [1989] R.J.Q. 2261 (C.A.).

**531.**C'est encore la Cour suprême du Canada qui joua un rôle essentiel dans l'évolution de cette jurisprudence. Dans l'arrêt *M.(M.E.) c. L.(P.)*<sup>1011</sup>, la Cour a en effet précisé que les éléments relatifs à la prestation compensatoire devaient être appréciés de façon globale sans, pour autant, que cette appréciation globale amène à une redistribution du patrimoine.

**532.**Les juges doivent prendre en considération tous les apports faits par les parties. A ce stade de l'étude de la prestation compensatoire, les juges n'ont pas à chercher si les apports faits par les époux sont ou non justifiés par les obligations matrimoniales. Ils doivent prendre ainsi en considération tous les apports faits par les époux même l'apport normal aux charges du mariage qui pourrait enrichir l'autre conjoint et, ultimement, donner lieu à compensation. De plus, ils ne sont pas obligés d'effectuer des calculs précis mais doivent donner une évaluation globale de ces apports. Les juges n'apprécient qu'à la fin de la procédure si les apports faits par les époux sont justifiés ou non par l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Jusqu'à l'étude de la possible existence de justifications, tous les apports des époux<sup>1012</sup> sont donc pris en compte. La Cour suprême fait ainsi prévaloir l'interprétation libérale de la prestation compensatoire et pour déterminer dans quelle mesure le travail au foyer est pris en considération, il est nécessaire d'étudier les autres conditions pour l'octroi de cette prestation, conditions similaires à l'enrichissement sans cause comme l'appauvrissement, l'enrichissement corrélatif ou encore les justifications.

#### *b. L'appauvrissement*

**533.**Dans le cadre de la prestation compensatoire québécoise, l'appauvrissement doit être réel. Il est en effet possible que, même si l'apport a entraîné l'appauvrissement du demandeur, il ait ensuite été compensé par un autre élément comme le don d'un immeuble, par exemple. Il est donc nécessaire lors de l'étude d'un droit à la prestation compensatoire de vérifier si cet appauvrissement n'a pas été compensé par d'autres moyens. Néanmoins, la preuve de cet appauvrissement est très souple<sup>1013</sup>. Selon la Cour suprême, « dans un mariage ou dans une

---

<sup>1011</sup> *M.(M.E.) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183. La Cour précise dans *P.(S.) c. R.(M.)*, [1996] 2 R.C.S. 842, que les tribunaux doivent adopter une méthode d'appréciation des faits globale, souple et libérale. Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 148.

<sup>1012</sup> Id. Voir également la décision *P.(S.) c. R.(M.)*, [1996] 2 R.C.S. 842.

<sup>1013</sup> Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série*, Ed. Yvon Blais, 2000, n°413, p. 134.

union de fait de longue durée, on devrait, en l'absence d'une preuve contraire forte, conclure que l'enrichissement d'une partie donnera lieu à l'appauvrissement de l'autre »<sup>1014</sup>.

**534.**En droit français, le problème de l'appauvrissement ne semble pas s'être posé et c'est avant tout le travail fourni par le conjoint qu'il était nécessaire de prouver.

**535.**En droit québécois, cet appauvrissement doit être mis en corrélation avec un enrichissement du patrimoine de l'autre conjoint pour amener au versement d'une prestation compensatoire.

*c. L'enrichissement corrélatif*

**536.**Si on applique strictement les conditions de l'enrichissement sans cause tant à l'indemnité exceptionnelle française qu'à la prestation compensatoire québécoise, l'enrichissement du conjoint bénéficiaire est nécessaire. Mais, alors que la prestation compensatoire québécoise, comme nous le verrons, respecte cette condition, ce n'était en revanche pas le cas de l'indemnité exceptionnelle française. La jurisprudence française marquait d'ailleurs sa volonté de distinguer cette indemnité de l'enrichissement sans cause. Comme nous le fait remarquer le professeur Bénabent<sup>1015</sup>, les juges acceptaient ainsi l'octroi d'une telle indemnité alors même que le conjoint ne s'était pas enrichi au motif que l'équité prévue dans le texte de la loi exigeait l'octroi d'une telle indemnité<sup>1016</sup>. Une épouse fautive, qui avait déjà travaillé comme agricultrice sur l'exploitation de ses parents et avait depuis son mariage collaboré à l'exploitation de son époux, pouvait donc obtenir une indemnité exceptionnelle sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette collaboration avait, d'une part, enrichi le mari et, d'autre part, appauvri l'épouse.

**537.**En droit québécois, la solution est à l'opposé. En effet l'enrichissement est nécessaire. Il peut être tant un bien qu'une somme d'argent et doit être présent dans le patrimoine de l'enrichi. Il peut également s'agir d'une économie, c'est à dire d'une somme que le travail du conjoint a évité de dépenser. L'acquisition d'un diplôme peut aussi constituer un

---

<sup>1014</sup> Voir *Peter c. Beblow*, [1993] 44 *R.F.L.* (3d) 329. Mais si dans cette décision, la Cour suprême s'exprimait en matière d'enrichissement sans cause dans une province de *common law*, on peut penser que la présomption devrait également jouer en matière de prestation compensatoire

<sup>1015</sup> Bénabent Alain, *Droit civil, la famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°382, p. 260.

<sup>1016</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *D.* 1989, 582, n. Massip Jacques.

enrichissement puisqu'il améliore l'aptitude au travail du conjoint et lui permet d'avoir un emploi plus lucratif<sup>1017</sup>. Cet enrichissement doit exister au moment de la demande. Certains se sont demandé s'il n'était pas possible de prendre en compte un enrichissement passé mais qui aurait disparu au moment où est faite la demande de prestation compensatoire. Cette évaluation apparaît certainement comme très aléatoire et ne permet pas de prendre en considération des éléments de calcul certains. Aussi la Cour suprême<sup>1018</sup> considère-t'elle que « l'enrichissement qui doit entrer en ligne de compte est celui dont une personne jouit au moment où l'action est intentée ».

**538.**L'indemnité exceptionnelle française qui s'est partiellement détachée de l'enrichissement sans cause, est donc beaucoup plus souple que la prestation compensatoire québécoise en ce qui concerne l'enrichissement du conjoint. Elle ne pose également pas de problème en ce qui concerne le lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement.

*d. Un lien causal adéquat*

**539.**Le lien de causalité ne pose pas de problème en ce qui concerne l'indemnité exceptionnelle française, ceci est d'autant plus vrai que l'enrichissement, nous l'avons vu, peut être totalement inexistant, mais le travail de la conjointe peut tout de même être pris en considération et donner lieu à l'octroi de cette indemnité.

**540.**Dans le cas de la prestation compensatoire québécoise, le lien de causalité qui lie l'apport à l'enrichissement doit être adéquat. Cette notion de lien de causalité adéquat n'a cependant pas été exigée par la jurisprudence au moment de la création de l'institution. En effet, dans un désir de limiter l'utilisation de la prestation compensatoire, les juges considéraient qu'il devait exister un lien de causalité direct et immédiat entre l'apport et l'enrichissement<sup>1019</sup>. Cette jurisprudence conservatrice a été remise en cause par la Cour suprême qui, en adoptant une interprétation libérale, a retenu la notion de lien causal adéquat. Il suffit de prouver qu'il existe des éléments suffisants entre l'apport et l'enrichissement d'un époux pour espérer obtenir une prestation compensatoire. Le juge Gonthier<sup>1020</sup> dans la

---

<sup>1017</sup> *Droit de la Famille – 2058* (1997) *R.D.F.* 436 (C.A.)

<sup>1018</sup> *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259. Voir Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la Famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. P.U.L., 2005, p. 149 et s. Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 172.

<sup>1019</sup> Voir le Juge Nichols dans *Droit de la Famille – 67*, [1985] C.A. 135 à 155.

<sup>1020</sup> *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259.

décision *Lacroix c. Valois* explique ainsi que « la démonstration d'une simple corrélation entre l'apport et l'état du patrimoine devra suffire. S'il s'agit par exemple d'un enrichissement négatif, résultant d'une perte ou d'une dépense évitée par le fait de l'apport, il est manifeste que le demandeur ne pourra que difficilement relier son apport à quelque élément identifiable du patrimoine. La valeur générale de ce patrimoine, dont le défendeur a la jouissance, devrait alors suffire pour conclure en faveur du demandeur ».

**541.** Les juges doivent apprécier de façon globale l'enrichissement qu'a pu apporter le travail du conjoint et ne doivent pas obliger les époux à tenir des comptes précis et mesquins. Exiger ce genre de comportement de la part des époux irait à l'encontre de la notion même de mariage fondé sur la confiance.

**542.** Le juge doit de plus regarder quelle est la proportion existant entre l'apport et l'enrichissement. L'apport ne sera compensé que dans la mesure où il a contribué à enrichir le conjoint.

**543.** Enfin, même si l'apport existe et qu'il a entraîné un enrichissement du conjoint, la prestation compensatoire peut être refusée si une justification de cet enrichissement existe, le demandeur doit donc rapporter la preuve de l'absence de justification.

*e. L'absence de justification*

**544.** Cette condition est celle qui pose le plus de problème en droit québécois. Elle a été posée par la décision de la Cour suprême du Canada *M.(M.E.) c. L.(P.)*<sup>1021</sup>. La charge de la preuve repose sur le défendeur. Les causes de la justification sont diverses : contrat, donation entre époux dans le contrat de mariage, ... Le juge doit déterminer s'il y a justification ou non au regard de l'intention des parties. Si les époux ont souhaité rétablir l'égalité entre eux au moyen d'un contrat, le juge doit en tenir compte. La Cour suprême précise que c'est au juge du fond de décider de l'intention des parties au moment où elles ont conclu le contrat.

**545.** La contribution aux charges du mariage fournie par un époux peut s'exprimer sous forme d'apport domestique. L'épouse restant au foyer n'a en général comme seul moyen de

---

<sup>1021</sup> *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183



contribution à ces charges que le travail qu'elle fournit lorsqu'elle s'occupe de la maison et des enfants. L'interprétation souple de la Cour suprême incite désormais à reconnaître ce travail comme un apport. Les juges doivent aujourd'hui prendre en compte ce travail domestique lors du calcul de l'apport et n'envisageront la contribution aux charges du mariage qu'à la fin de la procédure. Ils compareront alors les apports faits par les deux époux et regarderont s'ils sont équivalents. S'il apparaît que l'épouse a contribué aux charges du mariage au-delà de ce qui était nécessaire, elle se verra octroyer une prestation. Ce sera ainsi par exemple le cas de l'épouse qui aura, tout au long du mariage, organisé des repas hebdomadaires pour les clients de son mari ou ses associés et ainsi effectué plus qu'une simple contribution aux charges du mariage en permettant de plus à son mari d'effectuer des économies substantielles<sup>1022</sup>.

**546.**Dans le cadre de l'indemnité exceptionnelle, la question de la contribution aux charges du mariage ne s'est pas posée puisque seul le travail purement professionnel entre dans le cadre de cette indemnité et non le travail au foyer. De plus, les juges conservaient un grand pouvoir d'équité pour l'octroi de cette indemnité<sup>1023</sup> et s'ils avaient considéré que le travail avait trouvé une quelconque justification, n'auraient certainement pas octroyé d'indemnité exceptionnelle à l'époux.

**547.**Un tel pouvoir d'équité se retrouve également en droit québécois. L'absence de justification de même que le lien causal adéquat ou les autres conditions d'attribution de la prestation compensatoire en droit québécois impliquent en effet que tout au long de la procédure les juges aient un grand pouvoir d'appréciation des faits. S'agissant d'une mesure d'équité, selon la Cour suprême<sup>1024</sup>, l'ancien article 559, aujourd'hui article 427 du Code civil du Québec, conférait « clairement un pouvoir « remédiateur » et discrétionnaire au juge du procès ».

**548.**Si le juge accepte d'octroyer tant une prestation compensatoire qu'une indemnité exceptionnelle, comment déterminer le montant de celles-ci et leur mode de paiement ?

---

<sup>1022</sup> Voir par exemple *Droit de la famille – 2058*, [1997] R.D.F. 436 (C.A.)

<sup>1023</sup> Cette indemnité ne pouvait être octroyée que s'il était manifestement contraire à l'équité qu'elle ne le fut pas, ancien article 280-1 alinéa 2 du Code civil, *in fine*.

<sup>1024</sup> *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183

### 3. *Le montant et le paiement de cette prestation compensatoire et de l'indemnité exceptionnelle*

**549.** Le montant de la prestation compensatoire doit correspondre au montant de l'enrichissement acquis par le conjoint. Le tribunal en vertu de l'art. 429 C.C.Q. n'intervient que si les parties n'ont pas prévu dans un accord le montant de la prestation. Dans le cadre de l'action *de in rem verso* le calcul de l'indemnité se fait en fonction d'un double plafond. Cette indemnité correspond en effet à la plus petite des sommes correspondant, d'une part, à l'enrichissement de l'*accipiens* et, d'autre part, à l'appauvrissement subi par le *solvens*<sup>1025</sup>. La prestation compensatoire québécoise exige simplement du juge qu'il prenne en compte l'enrichissement de l'*accipiens* pour calculer la prestation que peut recevoir le conjoint appauvri. La règle du double plafond ne paraît donc pas respectée. Néanmoins, la pratique de l'action *de in rem verso* a permis de montrer que c'était le plus souvent l'enrichissement qui était retenu comme montant pour l'indemnité. Les modes de calculs de l'indemnité pour enrichissement sans cause et de la prestation compensatoire sont donc très proches.

**550.** L'article 527 du Code civil du Québec prévoit également que le juge doit prendre en compte « les avantages que procurent le régime matrimonial ou le contrat de mariage ». Il doit alors prendre en compte l'intégralité de la situation du demandeur<sup>1026</sup>.

**551.** Concrètement, le juge québécois n'aura pas de problème pour établir le montant de la prestation lorsque l'apport est un bien. La situation est plus problématique lorsque l'apport est fait sous forme de services et plus particulièrement de travaux ménagers. Ainsi que nous l'expliquent Mme Castelli et M. Goubau<sup>1027</sup>, sous l'empire de la jurisprudence antérieure aux décisions de la Cour suprême du début des années 1990, les juges regardaient le patrimoine de chacun des époux au jour de la demande ainsi que celui de chacun d'eux au moment du mariage. Ils évaluaient ensuite quels auraient été les patrimoines des époux s'ils avaient eu des revenus indépendants et si aucun d'entre eux n'avait contribué à l'enrichissement de l'autre. Puis, ils calculaient l'enrichissement que l'un des époux avait pu apporter à l'autre. Ce système est certainement toujours utilisable avec la nouvelle jurisprudence mais il nécessite

---

<sup>1025</sup> Flour Jean, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011, n°57, pages 65.

<sup>1026</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 178.

<sup>1027</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Presses de l'Université Laval, 2005, page 152.

certainement d'être mis en œuvre avec beaucoup de précautions en raison de la complexité du calcul et du caractère aléatoire des évaluations.

**552.**A titre d'exemple, il est possible de citer une décision de la Cour supérieure, l'affaire *J.R. c. R.P.*<sup>1028</sup>, pour avoir une idée pratique du montant qui peut être versé comme prestation compensatoire à une épouse. En l'occurrence, les deux époux avaient adopté par contrat la séparation de biens. L'épouse qui avait travaillé au début du mariage, avait quitté son emploi et s'était impliquée de plus en plus dans l'entreprise de réfection de toiture de son conjoint. Parallèlement à ce travail, elle s'occupait du foyer et des enfants. Bien qu'elle ait été payée pour son travail dans l'entreprise de son conjoint, les juges ont considéré que son salaire n'était pas suffisant et qu'il avait servi essentiellement aux frais du ménage. Elle devait donc percevoir une prestation compensatoire et reçut 250 000 \$ canadien (le patrimoine de son conjoint était en l'occurrence de 1 800 000 \$).

**553.**Le juge québécois peut ordonner un paiement au comptant, par versements, voire en nature en transférant un bien par exemple. Dans ce dernier cas le versement d'une soulte est possible si ce bien est d'une valeur supérieure à celle de l'enrichissement. Le paiement se fait en général au moment de la dissolution du mariage bien que l'article 430 du Code civil du Québec prévoit la possibilité d'un paiement partiel avant la fin du mariage si les époux se mettent d'accord pour le faire. Dans ce dernier cas, le paiement reçu doit être déduit lorsqu'il y a lieu de fixer la valeur de la prestation compensatoire. La situation peut intervenir dans le cas où les époux se séparent et où la femme demande une partie de la prestation compensatoire pour commencer sa nouvelle vie et avoir les moyens de s'installer dans un nouveau logement le cas échéant.

**554.**Le Code civil du Québec prévoit également la possibilité de demander la prestation compensatoire avant la fin du mariage, lorsque celle-ci est fondée sur la collaboration régulière de l'époux à une entreprise, commerciale ou non, ayant trait à un bien ou à un service, quand cette collaboration cesse pour cause d'aliénation, de liquidation ou de dissolution volontaire ou forcée de l'entreprise<sup>1029</sup>.

---

<sup>1028</sup> *J.R. c. R.P.*, [2004] *R.D.F.* 821 (C.S.).

<sup>1029</sup> Art. 427 al. 2 C.c.Q.

**555.** Comme pour toute créance se pose le problème du recouvrement de la prestation compensatoire québécoise. Bien que le législateur québécois ait prévu que le juge puisse octroyer le paiement de la prestation en plusieurs versements, ceci dans le but d'éviter qu'un débiteur ait beaucoup de difficultés à payer la somme dans son intégralité, le recouvrement de la prestation compensatoire n'est pas toujours simple à effectuer et deux dispositions du Code de procédure civile tendent à assurer son effectivité. La première disposition permet au conjoint d'effectuer avant jugement une saisie des biens meubles de son conjoint<sup>1030</sup>. Cette mesure conservatoire peut s'avérer essentielle pour éviter la dilapidation par le conjoint débiteur de ses biens avant le jugement. La deuxième disposition est celle posée à l'article 696 du nouveau Code de procédure civile québécois qui prévoit que, pour exécuter le partage du patrimoine familial, une créance alimentaire ou une prestation compensatoire, le créancier peut saisir les revenus du débiteur, normalement insaisissables, dans la proportion de cinquante pour cent. Cette disposition rappelle celle de la saisie-arrêt des rémunérations du travail existant en droit français au profit, en particulier, du débiteur alimentaire.

**556.** Enfin, dans le cadre du droit québécois, certains juges ont tendance à inclure le montant de la prestation compensatoire dans le calcul de « la somme globale » qui correspond au versement en capital de la pension alimentaire entre ex-époux. Ce versement rappelle celui qui peut avoir lieu dans le cadre de la prestation compensatoire française et que le législateur privilégie. Il est certain que verser différentes indemnités dans le cadre d'une même somme peut permettre de simplifier le rôle du juge et la perception de ces indemnités. Mais des problèmes peuvent se poser quant à la détermination du fondement réel de la somme versée. L'incorporation de la prestation compensatoire québécoise dans la somme globale ne peut empêcher de faire penser à celle faite par la Cour de cassation dans sa jurisprudence récente sur l'action *de in rem verso* et la prestation compensatoire. La somme globale qui incorpore la prestation compensatoire ne revêt plus seulement un caractère alimentaire, mais comporte également des caractéristiques indemnitaires. Cette caractéristique la rapproche certainement de la prestation compensatoire française. Cette remarque est d'autant plus vraie que, comme nous aurons l'occasion de le remarquer ultérieurement, cette prestation compensatoire française, que les législateurs de 1975, 2000 et 2004 voulaient essentiellement indemnitaire, conserve tout de même des éléments alimentaires importants.

---

<sup>1030</sup> Article 519 du nouveau Code de procédure civile.

**557.**En droit français, le calcul de l'indemnité exceptionnelle de l'ancien article 280-1 du Code civil<sup>1031</sup> est détaché du double plafond fixé dans le cadre de l'action *de in rem verso* et il ne faut d'ailleurs pas oublier que la Cour de cassation admettait l'indemnisation du travail du conjoint exclusivement fautif même en l'absence d'enrichissement du conjoint innocent. Le montant de l'indemnité dépendait de l'appréciation des juges<sup>1032</sup> et cette indemnité ne tenait pas toujours compte de l'intégralité du travail fourni. On prenait en effet en considération pour son calcul la contribution aux charges du mariage, voire l'activité de l'autre. De plus, la détermination du montant de l'indemnité exceptionnelle ne prenait pas en compte les charges et les ressources ni le fait que l'un des conjoints vive en concubinage<sup>1033</sup>, l'indemnité exceptionnelle ne correspondant pas à une prestation compensatoire ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer. Enfin, étant une compensation allouée en équité par le juge, elle ne peut être révisée<sup>1034</sup>.

**558.**Cette indemnité pouvait être versée sous forme soit de capital soit de rente<sup>1035</sup>. Les juges bénéficiant d'un grand pouvoir en équité, pouvaient déterminer la forme d'indemnisation qui leur semblait la plus adaptée et même prévoir une indexation de la rente<sup>1036</sup>. Leur liberté était toutefois limitée par le fait qu'il leur était interdit d'attribuer une forme d'indemnité qui n'était pas permise pour la prestation compensatoire, comme, par exemple, sous forme d'usufruit<sup>1037</sup>.

**559.**Si les droits français et québécois reconnaissent difficilement l'enrichissement sans cause entre conjoints, il n'en est pas de même des droits des provinces anglophones canadiennes, droits issus de la tradition de *common law*, qui ont développé une intéressante jurisprudence avec la fiducie par interprétation.

**560.**Face à la non intervention des juges français et québécois, les législateurs sont alors intervenus. Ainsi, la prestation compensatoire québécoise paraît bien être l'application législative de l'action *de in rem verso* qui existait précédemment entre les conjoints en droit

---

<sup>1031</sup> Voir précédemment et en particulier la note de Massip Jean sous Cour d'appel de Caen, 13 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1980 II 686.

<sup>1032</sup> Hauser Jean, « Effets du divorce », dans *Jurisclasseur civil*, Fasc. 250, Art. 264-1 à 285-1 (avant la réforme du 26 mai 2004), 1997, n°19.

<sup>1033</sup> CA Toulouse, 9 octobre 2001, *Juris-Data* n°2001-174363.

<sup>1034</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1990, *D.* 1991 p. 126, n. Mayaux Luc.

<sup>1035</sup> Voir Fortis Elisabeth, *Divorce (second conséquences)*, *Répertoire civil Dalloz*, août 2003, p. 27 n°217.

<sup>1036</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *D.* 1989 p. 582, n. Massip Jacques.

<sup>1037</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 mars 1983 (2<sup>ème</sup> espèce), *D.* 1984 p. 17, n. Massip Jacques. Cela n'était en effet pas possible antérieurement pour la prestation compensatoire, contrairement à aujourd'hui.

québécois et existe toujours en droit français. Elle représente la volonté du législateur québécois de mettre en œuvre l'équité là où la jurisprudence refusait de le faire. Son utilité a de nouveau été reconnue par le Comité consultatif sur le droit de la Famille en juin 2015, qui a ainsi proposé d'étendre cette prestation compensatoire qu'il appelle « prestation compensatoire conjugale » aux conjoints de fait<sup>1038</sup>. Cette prestation devrait alors être distinguée d'une « prestation compensatoire parentale » destinée à assurer la répartition équitable entre les parents (mariés ou non) « des désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard de leur enfant commun à charge »<sup>1039</sup>.

**561.**Le législateur en adoptant une telle prestation en 1980 pensait limiter la jurisprudence stricte des juges qui refusait d'indemniser les épouses sur le fondement du droit commun. Mais si la loi change, il ne faut pas oublier qu'elle est interprétée par les juges, et, ainsi que nous avons pu le remarquer, dans un premier temps, ceux-ci sont loin d'avoir accueilli largement les demandes de prestation compensatoire à la suite du divorce. Ils ont ainsi eu dû mal à accepter une prestation compensatoire pour l'apport que représenter le travail au foyer. Ils ont également cherché à limiter ces actions en jouant sur le lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement et en interprétant ce lien de façon stricte, comme devant être direct. De même ils exigeaient de l'épouse qui faisait la demande de prestation compensatoire la preuve de ses allégations, preuve qui était souvent difficile à apporter, surtout par une épouse qui avait peu de moyens et ne pouvait payer un conseiller juridique compétent<sup>1040</sup>. Ce mouvement de refus d'octroi de prestation compensatoire s'est en particulier fait ressentir dans les trois années qui ont suivi la décision *Poirier c. Globensky* de 1985<sup>1041</sup> citée. Ainsi, d'après l'étude de Mmes Rayle et Anfousse<sup>1042</sup>, on pouvait remarquer qu'entre le 9 novembre 1984 et le 19 octobre 1987, lorsque le débiteur de la prestation faisait appel, ce dernier était accueilli dans 55% des cas, alors que lorsqu'il s'agissait du créancier, donc généralement de l'épouse qui désirait obtenir une prestation compensatoire ou en faire augmenter le montant, son appel était rejeté dans 77% des cas. Face à cette situation, en 1986,

---

<sup>1038</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 109.

<sup>1039</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *supra* p. 80 et s.

<sup>1040</sup> Therrien Marie-Hélène, « Situation juridique de la femme mariée au fil des trois dernières réformes législatives au Québec », (1994) 2 *R.E.J.* 155, et plus particulièrement p. 175.

<sup>1041</sup> *Poirier c. Globensky*, *D. Famille* – 67, [1985] C.A. 135 à 155

<sup>1042</sup> Rayle Pierrette et Anfousse Suzanne, « Prestation compensatoire : les derniers jugements de la Cour d'appel du Québec », dans *Nouveaux développements en droit familial – les aspects économiques d'une rupture*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 1988, page 151, et plus particulièrement p. 152.

le Conseil du statut de la femme<sup>1043</sup> a proposé de nouvelles voies pour obtenir un meilleur partage des biens familiaux pendant le divorce, avec en particulier l'institution d'un patrimoine familial. Toutefois, à partir de 1987, la tendance s'est inversée avec un taux de rejet de 80% pour les appels faits par le débiteur contre 43% de ceux initié par la créancière<sup>1044</sup>. Il aura fallu plus de cinq ans<sup>1045</sup> pour que la jurisprudence accepte d'octroyer plus largement des prestations compensatoires. Lors de l'adoption du patrimoine familial, le législateur n'a pas abrogé cette prestation. Selon Mme Castelli et M. Goubau, ce maintien s'est peut-être fait par prudence et reflèterait la tendance au Canada de faire en sorte de diminuer les injustices qui peuvent résulter de l'organisation traditionnelle du mariage<sup>1046</sup>. Toutefois, le partage du patrimoine familial peut parfois amener au même résultat que la prestation compensatoire et cette dernière pourra alors, comme nous l'avons souligné, être diminuée voire refusée par le juge<sup>1047</sup>.

**562.**En droit français, le succès de l'indemnité exceptionnelle ne fut pas des plus retentissants, ceci d'autant plus que cette indemnité ne pouvait être octroyée que dans des conditions très strictes et était limitée au cas du conjoint exclusivement fautif. De plus, le législateur vient d'abroger les dispositions concernant cette indemnité exceptionnelle. Au nom de la pacification du divorce, il a ainsi souhaité détacher la faute des conséquences du divorce et s'est empressé de faire réapparaître cette faute au nom de l'équité pour priver un époux de la possibilité d'obtenir une prestation compensatoire. Ainsi, c'est au nom de l'équité (et de la loi) que le juge pourra laisser un conjoint dans une situation inéquitable.

**563.**On peut alors parler, en particulier en droit français, dans une certaine mesure d'échecs des réformes législatives, échecs d'autant plus importants que les législateurs se sont heurtés à la réticence des juges.

---

<sup>1043</sup> Conseil du statut de la femme, *Le partage des biens familiaux en cas de divorce, un avis soumis à la ministre déléguée à la condition féminine, madame Monique Gagnon-Tremblay*, 1986, édition du Conseil du statut de la femme.

<sup>1044</sup> Rayle Pierrette et Anfousse Suzanne, *op. cit.* p. 152.

<sup>1045</sup> Les dispositions sur la prestation compensatoire québécoise sont en effet entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1982.

<sup>1046</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. PUL, 2005, p. 142.

<sup>1047</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.* p. 143.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**564.** Les législateurs, tant français que québécois, sont progressivement intervenus pour mettre en place une égalisation du passé entre les époux lors de la dissolution de l'union. Ils ont ainsi instauré des régimes matrimoniaux légaux, communauté d'acquêts en France et société d'acquêts au Québec, qui assurent le partage des biens et de l'enrichissement commun acquis pendant le mariage. Toutefois, ces régimes étant facultatifs, de nombreux époux québécois ont préféré adopter la séparation de biens, créant ainsi des situations inéquitables, en particulier au détriment de l'épouse qui s'était consacré à la famille pendant son union et n'avait accumulé que peu de biens personnels. Cette situation était alors très fréquente au Québec où plus de 38% des époux adoptaient encore le régime de séparation de biens en 1984 et près de 53% de la totalité des couples mariés entre 1971 et 1984 l'étaient sous ce régime<sup>1048</sup>. Face aux iniquités créées lors de la dissolution de ces mariages, le législateur québécois est alors intervenu en 1989<sup>1049</sup> et a créé le patrimoine familial, régime impératif imposant, à la dissolution de l'union, le partage entre les époux des biens les plus importants du couple que sont le domicile conjugal ou encore les régimes de retraite.

**565.** La création de ce patrimoine était également destinée à pallier la réticence des juges à mettre en place les dispositifs existants pour compenser la participation excédentaire de l'un des conjoints. Cette réticence était en effet très présente avec les actions de droit commun et la faible utilisation tant de la société créée de fait que de l'enrichissement sans cause. Les législateurs français et québécois ont mis en place des institutions censées permettre cette compensation (prestation compensatoire au Québec et indemnité exceptionnelle en France), mais, là encore, des juges y ont faiblement adhéré. Depuis, l'indemnité exceptionnelle a disparu en France<sup>1050</sup>, quant à la prestation compensatoire québécoise, même si son utilisation n'est pas des plus fréquentes, son utilité est désormais reconnue<sup>1051</sup>.

**566.** L'égalisation du passé est désormais quasi parfaite, et ceci en grande partie au Québec grâce au patrimoine familial. Toutefois elle ne concerne que l'enrichissement dont les

---

<sup>1048</sup> Cossette André, « Statistiques sur les régimes matrimoniaux », (1986) 89 *R. du N.* 242

<sup>1049</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55

<sup>1050</sup> Elle a ainsi été supprimée avec la loi réformant le divorce de 2004, *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce*.

<sup>1051</sup> Comité consultatif sur le droit de la Famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 109



conjoint ont pu bénéficier pendant le mariage en lui-même. Or les conséquences des choix faits par les conjoints ne cessent pas par la simple dissolution du mariage. Certaines des décisions prises par les conjoints pendant l'union peuvent hypothéquer l'avenir d'un des conjoints. L'égalisation du passé ne sera alors pas suffisante et il est nécessaire d'envisager, au nom de l'équité, une seconde égalisation : celle de l'avenir.

## CHAPITRE II : L'ÉGALISATION DE L'AVENIR

**567.** Une quasi-égalisation patrimoniale des époux à la suite du divorce s'est imposée par le biais d'un partage de plus en plus égalitaire de la plupart des biens acquis pendant le mariage mais aussi par l'intermédiaire, dans certains cas, de l'enrichissement sans cause. Cette égalisation pour le passé est essentielle et le partage des biens de la famille entre les époux marque la rupture irrémédiable du mariage et le début d'une nouvelle vie, pour chacun des époux une mise de départ égale.

**568.** Mais ces derniers ont-ils réellement les mêmes chances pour reconstruire économiquement leur nouvelle vie ? D'après certaines statistiques canadiennes, en 2007, après le divorce, les femmes perdaient en moyenne 23 % du niveau de vie qu'elles avaient pendant le mariage alors que celui de leurs ex-maris, en revanche, a augmenté de 10%<sup>1052</sup>. Cinq années après le divorce, une femme seule divorcée avec des enfants accuserait encore une perte de 21% de son niveau de vie par rapport à celui qu'elle avait avant le divorce. Les femmes ont donc au regard de ces chiffres beaucoup plus de difficultés à se reconstruire économiquement à la suite du divorce et on considère que 43% d'entre elles ont connu une baisse substantielle de leurs revenus, contre 15% des hommes<sup>1053</sup>.

**569.** En France, 9 femmes sur 10 auraient des difficultés économiques à la suite du divorce<sup>1054</sup>. Certains auteurs font toutefois remarquer que l'idée que les femmes s'appauvrissent après le divorce est à la fois vraie et fausse, les difficultés économiques pouvant apparaître dès la fin du mariage mais la situation s'améliore à long terme et devenir plus favorable que celle présente pendant l'union. Certaines femmes, de plus, considèrent que, même si un appauvrissement est réellement prouvé, elles sont dans une condition plus favorable que pendant le mariage car elles peuvent désormais gérer seules les revenus. C'est en particulier le cas des femmes dont le mari s'investissait peu dans le mariage comme par exemple lorsqu'il était alcoolique<sup>1055</sup>.

---

<sup>1052</sup> Gordon Marie L., « What, Me Biased ? » Women and Gender Bias in Family Law", (2001) 19 *Can.Fam.L.Q.* 53, p. 58. Voir également Galarneau Diane et Sturrock Jim, « Revenu familial après séparation », *Perspectives*, Été 1997, p. 21, *Statistique Canada*, n°75-001-XPf.

<sup>1053</sup> « Etude : rupture conjugale et dépression subséquente », *Le Quotidien*, Statistiques Canada, 22 mai 2007.

<sup>1054</sup> Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoit, *Les femmes, le divorce et l'argent*, Ed. Labor & Fides, 1991, p. 10.

<sup>1055</sup> Cardia-Vonèche Laura et Bastard Benoit, *op. cit.*, p. 26 et s.

**570.** Toutefois, quelle que soit la perception par les femmes de leur situation après le divorce, ces inégalités économiques sont bien présentes en France<sup>1056</sup> et posent alors différentes questions. La première est celle des causes de ces inégalités. Il peut en effet être intéressant de voir quelles raisons, le plus souvent d'ordre sociologique, sont sous-jacentes à ces inégalités. Toutefois si ces causes sont sociologiques, elles sont aussi directement liées au mariage, à son organisation et plus généralement à celle du couple. Le problème peut alors se poser de savoir s'il est juste que l'un des époux subisse les conséquences du mariage sans que l'autre n'ait à s'en préoccuper. Les législateurs sont alors intervenus pour pallier dans le futur les iniquités économiques nées du mariage. C'est ainsi que après avoir étudié les raisons qui expliquent l'existence d'inégalités économiques persistantes entre les conjoints à la suite du divorce (section préliminaire), nous nous intéresserons aux moyens qui se sont progressivement mis en place pour y pallier (section I) ainsi que les difficultés liées à leur mise en œuvre (section II).

#### SECTION PRELIMINAIRE : LES RAISONS AMENANT A CETTE EGALISATION

**571.** Les chiffres cités précédemment nous permettent de déceler l'existence d'inégalités entre les époux au détriment, encore aujourd'hui, essentiellement de la femme. Pourtant le principe de l'égalité des sexes domine désormais et, comme nous le précise Mme Dekeuwer-Défossez, cette notion, dans les pays étudiés<sup>1057</sup>, est devenu incontournable<sup>1058</sup>. Il a ainsi été reconnu dans des textes tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme et dans la Charte québécoise des droits et libertés de la personne et il peut alors sembler incongru de vouloir aujourd'hui s'intéresser à des inégalités qui, pour beaucoup, ne semblent pas réelles. Toutefois les chiffres précités ne sont pas sans nous rappeler la réalité de la situation de la femme à la suite du divorce et son infériorité économique par rapport à son ex-mari. Il peut alors être intéressant de rappeler que la volonté d'établir l'égalité entre les hommes et les

---

<sup>1056</sup> Voir Dekeuwer – Défossez Françoise, *L'égalité des sexes*, Ed. Dalloz, 1998, p. 34.

<sup>1057</sup> Il faut préciser que si cette notion d'égalité domine, ce n'est que dans un certain nombre de pays, en particulier les pays occidentaux et, dans de nombreuses régions du globe, l'idée même d'une égalisation entre les hommes et les femmes n'est pas envisageable. L'exemple de pays tel que l'Afghanistan ou de certains pays d'Afrique Noire ne peut que nous venir à l'esprit et malgré la reconnaissance de l'égalité entre les hommes et les femmes dans des déclarations telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU, il reste encore énormément à faire pour amener ces pays à traiter les femmes autrement que comme des adultes incapables.

<sup>1058</sup> Dekeuwer – Défossez Françoise, *op. cit.* p. 1.

femmes au sein de la famille est relativement récente (I) et que malgré les nombreux efforts déployés elle n'est, dans les faits, pas encore totalement réalité (II)<sup>1059</sup>.

**572.** Avant de développer ces points, nous souhaiterions ajouter une remarque concernant les couples homosexuels. Depuis le mois de mai 2013<sup>1060</sup> en France et 2005 au Canada, le mariage est ouvert aux couples de même sexe. Les différences liées au sexe des époux, et en particulier les inégalités pécuniaires qui peuvent apparaître au détriment des femmes, ne devraient donc pas être apparent au sein de ces couples. Toutefois, la majorité des couples mariés restera hétérosexuelle. Afin d'expliquer l'existence d'institutions comme la prestation compensatoire française et la pension alimentaire canadienne, il nous semble essentiel d'étudier la mise en œuvre de l'égalité entre les époux ainsi que ses limites liées à la différence de sexe.

### **§ 1. LA VOLONTE RECENTE D'OBTENIR L'EGALITE ENTRE LES EPOUX**

**573.** La volonté d'établir une véritable égalité entre les époux et plus généralement entre les hommes et les femmes date, dans les droits et les pays étudiés, du XXème siècle, voire même de la seconde moitié de celui-ci. On est alors passé d'une véritable domination masculine (A) à la reconnaissance de la femme comme l'égale de l'homme (B).

#### **A. De la domination masculine...**

**574.** Lévi-Strauss a identifié trois piliers qui se retrouvent dans toutes les constructions sociales : la prohibition de l'inceste, la répartition sexuelle des tâches et une forme reconnue d'union sexuelle. Mme Héritier<sup>1061</sup> y a ajouté un quatrième élément : celui de la valence différentielle des sexes et donc de la domination de l'homme sur la femme. Bien que l'opposition homme - femme et le partage des rôles en fonction des sexes ne sous-entendent aucunement l'idée de subordination d'un sexe par rapport à l'autre, c'est cette subordination qui s'est établie dans les faits et les sociétés se sont essentiellement construites sur la prédominance de l'homme sur la femme.

---

<sup>1059</sup> Voir pour vision transversale de la question de l'égalité homme – femme : *Femmes-hommes – Des inégalités à l'égalité ?*, Revue Problèmes politiques et sociaux, Ed. La documentation française, n°968, janvier 2010.

<sup>1060</sup> *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.*

<sup>1061</sup> Héritier Françoise, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Ed. Odile Jacob, 1996.

575. Cette idée de domination masculine a été en particulier très présente dans les droits et sociétés étudiés jusqu'au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle. Au sein de la famille, elle était particulièrement visible sur le plan juridique par le statut d'incapable qui pesait sur la femme mariée et par la place de celle-ci au sein de la famille et de la société. Tant dans le Code civil français que dans le Code civil du Bas-Canada, la femme était considérée comme une incapable sous la domination de son mari<sup>1062</sup>. Même la révolution française et la mise en œuvre de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 n'avaient en effet pas remis en cause la domination masculine. On dit d'ailleurs souvent que les femmes ont perdu la révolution et parmi elles plus particulièrement Olympe de Gouges qui, souhaitant voir adopter une Déclaration des Droits de la femme et de la citoyenne, y perdit la vie<sup>1063</sup>. L'incapacité et l'infériorité de la femme étaient donc omniprésentes dans la vision de la famille et de la société telles qu'elles se retrouvaient dans le Code civil napoléonien. La subordination et l'incapacité se retrouvaient entre autres dans le cadre de la législation relative aux régimes matrimoniaux et tant en droit français qu'en droit québécois, le mari avait tous pouvoirs sur ses propres biens et ceux de la communauté et des pouvoirs d'administration sur les biens de son épouse<sup>1064</sup>. De plus, l'épouse devait obéissance à son mari en contrepartie de la protection de celui-ci<sup>1065</sup>. Enfin, à titre de dernier exemple, nous pouvons citer le fait que l'épouse n'avait pas d'autorité parentale sur ses propres enfants mais que celle-ci était détenue par le seul père<sup>1066</sup>. En contrepartie de cette incapacité de l'épouse, des mesures de protection avaient été mises en œuvre et c'est ainsi que dans le cadre du régime matrimonial légal à défaut de pouvoir sur la communauté, elle bénéficiait d'une hypothèque légale destinée à protéger ses droits dans cette communauté au moment de la liquidation de celle-ci<sup>1067</sup>. La

---

<sup>1062</sup> Pour un historique de l'incapacité de la femme mariée voir Ourliac Paul, « L'évolution de la condition de la femme en droit français », dans les *Annales de la Faculté de Toulouse*, 1966, p. 43 et s.

<sup>1063</sup> Voir Riot-Sarcey Michèle, *Histoire du féminisme*, La découverte, collection Repères, 2002, p. 10 et s.

<sup>1064</sup> Pour le droit français en matière de régimes matrimoniaux qui prévalaient jusqu'en 1965 voir, entre autres, Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, 2001, Ed. Armand Colin, p. 7, en ce qui concerne le droit québécois, il peut être intéressant de noter que les dispositions relatives à la communauté n'ont été que peu modifiées tant par la réforme de 1970 que par celle 1980 mais que, bien qu'elles aient été abrogées, elles régissent encore les couples qui avaient adopté ce régime antérieurement et reflètent donc cette vision d'infériorité de l'épouse, voir Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série, Editions Yvon Blais, 2000, p. 69 et s.

<sup>1065</sup> Ancien article 213 du Code civil français et article 174 du Code civil du Bas Canada : « Le mari doit protection à sa femme ; la femme doit obéissance à son mari ».

<sup>1066</sup> Ancien article 372 du Code civil français, Article 243 du Code civil du Bas-Canada, il était d'ailleurs bien précisé dans le titre VIII du Code qu'il ne s'agissait que de la puissance paternelle, les père et mère détenaient tous deux le droit, mais seul le père en avait l'exercice.

<sup>1067</sup> Voir Flour Jacques et Champenois Gérard, *op. cit.*, p. 6, Article 2029 du Code civil du Bas-Canada : La femme a une hypothèque légale pour toutes réclamations et demandes qu'elle peut avoir contre son mari à raison de ce qu'elle a pu recevoir ou acquérir pendant le mariage par succession héritage ou donation ».

capacité de l'épouse n'étant pas reconnue, elle devait donc être protégée comme une incapable ou une mineure.

**576.** Cette domination du mari dans le droit était le résultat de l'organisation sociologique de la famille qui reposait à cette époque sur la famille patriarcale. Dans le cadre de cette famille patriarcale traditionnelle, les rôles de la femme se cantonnaient à ceux liés à la maternité. La femme se devait d'être une bonne mère et une bonne ménagère sous l'autorité de son mari<sup>1068</sup>. Le rôle de la femme dans le cadre de cette famille traditionnelle était essentiellement limité à l'intérieur du foyer et sa place sur le marché du travail était plus limitée. Le marché du travail et l'exercice du pouvoir étatique relevait alors essentiellement de la gente masculine. Néanmoins, dès le XIX<sup>ème</sup> siècle et la révolution industrielle, cette vision traditionnelle de la famille et de la société s'est modifiée dans les différents pays occidentaux, les femmes accédant progressivement au marché du travail. Toutefois malgré une présence de plus en plus importante des femmes dans la société économique et industrielle et ceci en particulier pendant les deux guerres mondiales où elles permirent à la production industrielle de perdurer pendant l'absence de leurs maris partis au front, l'évolution des droits des femmes se fit très progressivement et essentiellement après ces deux guerres. Face aux mouvements égalitaristes qui commençaient à poindre au sein de la population féminine, l'idée de la prédominance masculine ne pouvait en effet plus continuer à s'imposer.

## **B. ... à la reconnaissance de la place de la femme comme égale de l'homme**

**577.** De même qu'au Québec, la fin de la deuxième guerre mondiale marqua en France un retour des femmes au foyer au nom de la natalité. Ces dernières, bien qu'ayant acquis le droit de vote à la fin du conflit, n'entrèrent que très peu dans la vie politique. Cette situation, comme nous l'explique Mme Riot-Sarcey<sup>1069</sup>, fut renforcée par le fait que peu de temps après la guerre de 1939-1945, la France fut confrontée à de nouveaux conflits comme la guerre d'Indochine ou les conflits de décolonisation et que la gestion de guerre étant une affaire d'hommes, il semblait normal qu'ils restent à la tête de l'Etat. Les femmes françaises, pour beaucoup, retrouvèrent donc leur foyer. Néanmoins, dès 1949 paraît *Le deuxième sexe* de Simone de Beauvoir qui sera le détonateur du féminisme français, en particulier à partir des

---

<sup>1068</sup> Voir Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC, 1998, p. 47 et s.

<sup>1069</sup> Riot-Sarcey Michèle, *Histoire du féminisme*, La découverte, collection Repères, 2002, p. 99 et s.

années 1960. C'est en effet à partir de cette période que, de la protection de la femme, on ira vers la reconnaissance de l'égalité de son statut avec les hommes.

**578.** Au Québec, l'émancipation des femmes commencera également dans le courant des années soixante. Elle fut le résultat d'importants mouvements féministes<sup>1070</sup>. Ces mouvements ont alors rejeté l'affirmation selon laquelle la suprématie masculine sur la femme était déterminée par la nature biologique des hommes et des femmes<sup>1071</sup>. Ils ont dénoncé le fait que les femmes avaient été trompées lorsqu'on leur disait que la mère au foyer était une ménagère comblée et contestèrent la vision patriarcale de la famille. Ces mouvements féministes se sont accompagnés au Québec de la révolution sociale profonde communément dénommée : « la révolution tranquille ». Ce « courant contre-culturel »<sup>1072</sup> a marqué la remise en cause, par la société québécoise, de la domination de l'Église catholique ainsi que la remise en question des idées qu'elle imposait comme, entre autres, le modèle familial mettant en valeur la femme au foyer. La révolution tranquille marque également la montée du mouvement nationaliste au Québec et le développement de la culture québécoise<sup>1073</sup>.

**579.** Sur le plan juridique, Depuis les années soixante la reconnaissance progressive de la femme comme l'égale de l'homme dans le cadre la famille<sup>1074</sup> s'est faite par le biais de la reconnaissance de la capacité de la femme mariée (1) et aussi par la reconnaissance progressive de l'importance du travail au foyer fournie par celle-ci et de la valeur économique que doit avoir ce travail au même titre que le travail salarié effectué par le mari (2).

#### *1. La reconnaissance juridique de la pleine capacité de la femme mariée*

**580.** La reconnaissance de la pleine capacité de la femme mariée s'est imposée progressivement après la seconde guerre mondiale et particulièrement dans les années soixante et soixante-dix.

---

<sup>1070</sup> Mouvements qui se sont cristallisés à cette période mais qui était déjà présents au Québec depuis le début du XIX<sup>ème</sup> siècle, voir Dumont Micheline et Toupin Louise, *La pensée féministe au Québec, Anthologie [1900-1985]*, Les éditions du remue-ménage, 2003.

<sup>1071</sup> Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC, 1998, p. 53.

<sup>1072</sup> Voir Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 53.

<sup>1073</sup> Collectif Clio, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Ed. Le jour, 1992, p. 455 et s.

<sup>1074</sup> C'est essentiellement à partir du début des années soixante-dix, et avec l'entrée des femmes sur le marché du travail que s'est posée dans la question de la conciliation famille – travail, voir Tremblay Diane-Gabrielle, *Conciliation emploi-famille et temps sociaux*, Ed. Presses de l'Université du Québec, 2012, p. 34.

**581.**En France, un premier mouvement d'émancipation de la femme avait eu lieu avant la seconde guerre mondiale. Une des premières lois pouvant être citée en la matière est certainement celle relative aux biens réservés de l'épouse<sup>1075</sup> qui lui donnait la possibilité de percevoir librement ses propres salaires et gains professionnels et lui donnait de larges pouvoirs, dont celui de disposer des biens acquis avec ses propres revenus. Malgré la bonne volonté sous-jacente à cette loi, celle-ci resta néanmoins lettre morte. Il était effectivement nécessaire de prouver l'origine des revenus ayant permis l'achat et, de plus, les notaires se montrèrent très réticents à laisser la femme agir seule. Cette loi fut suivie en 1938<sup>1076</sup> d'une loi supprimant l'incapacité de la femme mariée. Celle-ci, bien qu'elle fut importante symboliquement, n'eut cependant aucun impact réel. En effet, tout en reconnaissant la capacité de l'épouse, elle ne modifiait pas les autres dispositions du Code civil et, en particulier, les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux qui, pour leur part, continuaient à octroyer au mari tous pouvoirs sur les biens communs. Enfin, la loi de 1942<sup>1077</sup>, loi de circonstance<sup>1078</sup>, permit à l'épouse d'obtenir une certaine indépendance en lui octroyant un mandat domestique lui permettant d'effectuer librement les actes de la vie quotidienne et a mis en œuvre une certaine extension des pouvoirs de la femme et une restriction des pouvoirs du mari. Mais elle n'a pas pour autant mis en œuvre une égalité totale entre le mari et la femme dans le cadre du droit des régimes matrimoniaux. Toutefois, il peut être intéressant de noter que cette loi supprima dans l'article 213 les mots selon lesquels « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » pour les remplacer par « le mari est chef de la famille ».

**582.**Au sortir de la guerre, l'égalité entre les époux était donc loin d'être acquise et ceci tant en ce qui concerne le statut d'époux, qu'en ce qui concerne le statut de parents. L'égalisation du statut des époux en France se fit alors essentiellement à partir des années soixante. C'est ainsi notamment que la notion de « chef de famille » qui montrait bien la domination de l'homme sur sa famille en général et sur son épouse en particulier a disparu du Code civil français en 1970<sup>1079</sup>.

---

<sup>1075</sup> *Loi du 13 juillet 1907* « sur le libre salaire de la femme mariée ».

<sup>1076</sup> *Loi du 18 février 1938* sur la « capacité de la femme mariée ».

<sup>1077</sup> *Loi du 22 septembre 1942*.

<sup>1078</sup> Flour Jacques et Champenois Gérard, *Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001, p.

15.

<sup>1079</sup> *Loi n°70-457 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale*.



**583.**En ce qui concerne le droit des régimes matrimoniaux, une des lois fondamentales en la matière est certainement la loi du 13 juillet 1965<sup>1080</sup>. Cette loi constitue une avancée essentielle dans l'émancipation de la femme mais elle n'établissait pas encore une égalisation parfaite entre les époux. Ainsi, dans le cadre du régime légal de communauté aux acquêts de 1965, si la femme avait tout pouvoir sur ses propres ce qui constituait alors une évolution fondamentale, le mari continuait de détenir le pouvoir d'administrer les biens communs mais ne pouvait effectuer les actes de dispositions les plus graves sans l'autorisation de son épouse. Toutefois, cette loi a permis à l'épouse d'exercer une profession sans avoir besoin de demander l'autorisation de son mari. L'égalité totale n'était pas totalement encore acquise et ce n'est qu'en 1985 que le statut des époux dans le cadre des régimes matrimoniaux fut totalement égalisé. La loi du 23 décembre 1985 relative à l'« Egalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs » institue une véritable gestion concurrente des biens communs par le mari et la femme pour les actes d'administration et conserve la cogestion pour les actes de dispositions. Le mari et la femme sont donc à égalité et on soulignera d'ailleurs que le Code civil français depuis cette loi n'emploie plus les vocables de « mari » et de « femme » dans le cadre des régimes matrimoniaux mais celui plus général d'« époux ».

**584.**En ce qui concerne le statut de parents de l'homme et de la femme, la puissance paternelle affirmée dans le Code civil français de 1804 a été remplacée en 1970 par la notion d'autorité parentale<sup>1081</sup>. Depuis cette date les père et mère exercent ensemble et à égalité l'autorité parentale<sup>1082</sup>. Aujourd'hui le combat en la matière n'est plus l'infériorité de la femme par rapport à l'homme mais inversement celui du père par rapport à la mère, en particulier en cas de filiation hors mariage ou de divorce. Les dernières lois françaises en la matière tendent alors à instaurer une véritable coparentalité entre les parents et à faire en sorte qu'ils aient les mêmes droits et les mêmes devoirs envers le ou les enfants<sup>1083</sup>.

**585.**La réforme du divorce de 1975<sup>1084</sup> a également marqué une avancée essentielle en instaurant le divorce sur requête conjointe, ce que réclamaient depuis longtemps les

---

<sup>1080</sup> *Loi n°65-961 portant « Réforme des régimes matrimoniaux ».*

<sup>1081</sup> *Loi n°70-457 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.*

<sup>1082</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°1523 et s., p. 602 et s.

<sup>1083</sup> Voir en particulier la *Loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'autorité parentale* (Loi dite Malhuret), la *Loi du 8 janvier 1993 n°93-22 relative à l'Etat civil, famille et droits de l'enfant, juges aux affaires familiales* et la *Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.*

<sup>1084</sup> *Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.*

mouvements féministes<sup>1085</sup>, et en abolissant les inégalités qui existaient entre le mari et la femme en cas de divorce pour faute pour adultère.

**586.** Enfin, un des derniers symboles de la supériorité masculine est tombé en France avec la réforme du droit du nom. Jusqu'au début des années 2000, le nom d'un enfant né dans le mariage était celui de son père et donc du mari de la mère et l'enfant pouvait, à titre d'usage, porter, en plus, celui de sa mère. Avec la réforme de 2002<sup>1086</sup> relative au nom de famille, les règles d'attribution ont été profondément modifiées. Lorsque les parents sont mariés ou que les deux parents non mariés ont reconnu l'enfant avant sa naissance ou simultanément au moment de la naissance, ceux-ci ont le choix entre le nom du père, le nom de la mère, ou les noms des deux parents dans l'ordre qu'ils souhaitent<sup>1087</sup>. Le ou les noms choisis seront les mêmes pour les enfants d'une même fratrie. Lorsque l'enfant né hors mariage n'est pas reconnu simultanément par ses parents, le premier qui l'a reconnu lui donne son nom. En cas de reconnaissance ultérieure par le second parent, l'ajout ou la substitution du nom de ce second parent est possible pendant la minorité de l'enfant<sup>1088</sup>. Jusqu'en 2013, en cas de désaccord, l'officier d'état civil donnait à l'enfant le nom de son père. Depuis la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe<sup>1089</sup>, le nom des deux parents est donné à l'enfant. Un seul cas demeure toutefois où le nom du père est donné en priorité à l'enfant : lorsque la filiation de l'enfant est établie simultanément envers ses deux parents et que ceux-ci n'ont été pas choisis par les parents, celui-ci donne à cet enfant le nom de son père. Un des derniers droits en matière de primauté masculine, et certainement un des plus symboliques puisqu'un des plus voyants, a donc été fortement attaqué depuis le début des années 2000 et l'égalité est aujourd'hui presque parfaite entre les hommes et les femmes. De même, l'égalité est désormais acquise quant au nom des époux. En effet, suite à l'adoption de la loi relative au mariage pour tous, un nouvel article 225-1 a été inséré dans le Code civil et prévoit que « chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou par adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit »<sup>1090</sup>. L'égalité est donc désormais parfaite.

---

<sup>1085</sup> Voir Riot-Sarcey Michèle, *Histoire du féminisme*, La découverte, collection Repères, 2002, p. 62.

<sup>1086</sup> *Loi n°2002-304 du 4 mars 2002 sur le nom de famille*.

<sup>1087</sup> Art. 311-21 C.civ.

<sup>1088</sup> Art. 311-23 C.civ.

<sup>1089</sup> *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*.

<sup>1090</sup> Voir la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Massip Jacques, « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », *Rép. Def.* 2013, p. 737.

587. Si, à compter des années soixante, la France a reconnu progressivement l'égalité juridique de la femme et du mari dans le cadre du mariage et de la parenté, le Québec a également suivi une évolution similaire bien que plus tardive<sup>1091</sup>. Ce n'est en effet qu'en 1931<sup>1092</sup> que fut adopté le système des biens réservés de l'épouse dans le cadre du régime légal de communauté de meubles et acquêts, soit presque 25 ans après la France. Cette loi, à l'instar de la loi française de 1907, n'était que d'une utilité limitée pour l'émancipation des femmes et il a fallu attendre 1964<sup>1093</sup> pour que la capacité juridique de la femme mariée soit reconnue par le législateur. De même que la loi française de 1938, cette loi ne modifia pas le régime matrimonial légal qui donnait encore tous les pouvoirs au mari sur la communauté et sur certains des biens de son épouse. La nécessité d'adopter un régime plus égalitaire se fit alors sentir et l'adoption de la société d'acquêts comme régime légal par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1970<sup>1094</sup> marqua la reconnaissance de cette égalisation des statuts entre les époux. Chacun des époux détenant et gérant seul ses biens propres et ce régime ne prévoyant pas la création d'une masse commune, les conjoints sont ainsi à égalité. Mais si l'égalité était reconnue dans le cadre du régime légal de la société d'acquêts, le régime de la communauté de meubles et acquêts devenu régime supplétif conservait, pour sa part, la domination du mari. Les époux pouvaient donc choisir ce régime et instituer un régime inégalitaire entre eux mais aussi, et ce sont les cas les plus importants, ce régime continuait à s'appliquer pour les conjoints mariés avant le 1<sup>er</sup> juillet 1970. L'égalité de statuts était donc encore loin d'être réalisée pour ces conjoints. La Loi 89 de 1980<sup>1095</sup> marque la dernière étape fondamentale en la matière puisqu'elle reconnaît expressément que « les époux ont dans le mariage les mêmes droits et les mêmes obligations »<sup>1096</sup>. Depuis cette loi, et à l'exception des époux encore mariés sous le régime de la communauté de meubles et acquêts<sup>1097</sup>, l'égalisation semble désormais parfaite dans le cadre des relations entre les époux.

---

<sup>1091</sup> Voir, pour un rapide historique, et entre autres, Therrien Marie-Hélène, « Situation économique de la femme mariée au fil des trois dernières réformes législatives du Québec », (1994) 2 *R.E.J.* 155, p. 158 et s.

<sup>1092</sup> *Loi du 11 mars 1931*, S.Q. 1931, c. 101.

<sup>1093</sup> *Loi sur la capacité de la femme mariée du 1<sup>er</sup> juillet 1964*, S.Q. 1964, c. 6. Loi qui a été votée à la suite d'un projet de Mme Claire Kirkland-Casgrain, première femme députée et ministre au Québec, voir Collectif Clio, *L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles*, Ed. Le jour, 1992, p. 442.

<sup>1094</sup> *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77.

<sup>1095</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>1096</sup> Ancien article 441 du Code civil du Québec, nouvel article 392 alinéa 1<sup>er</sup>. Cette reconnaissance de l'égalité des époux dans le mariage avait d'ailleurs été saluée par le Conseil du statut de la femme lors de l'étude du projet de réforme du droit de la famille, Conseil du statut du droit de la femme, *Mémoire présenté à la commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Gouvernement du Québec, Québec, 20 février 1979, p. 3.

<sup>1097</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 163 et s., Lefrançois Guy et Roy Alain, *La famille*, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série, Editions Yvon Blais, 2000, p. 69 et s.

**588.** Elle a également été faite non pas en droit du divorce, pour lequel le droit fédéral n'avait jamais opéré de distinction entre l'homme et la femme, mais dans le cadre du droit de la séparation de corps. En effet, de même que dans l'ancien droit français du divorce, l'épouse ne pouvait demander la séparation de corps que dans le cas où le mari avait fait vivre sa concubine dans la maison des époux<sup>1098</sup>. Désormais la séparation de corps est prononcée lorsque « la volonté de vie commune est gravement atteinte »<sup>1099</sup>, c'est-à-dire lorsque les époux vivent séparés, que l'un des époux peut prouver qu'il existe des faits qui rendent difficilement tolérable la vie commune ou encore lorsque l'un des époux a manqué gravement à une obligation du mariage<sup>1100</sup>. Les époux peuvent également demander la séparation de corps sur simple accord sans avoir à donner de raison pour leur séparation.

**589.** Concernant le nom des époux, la Loi 89<sup>1101</sup> a marqué une évolution essentielle ici encore puisque l'article 393 du Code civil du Québec prévoit que « Chacun des époux conserve, en mariage, son nom ; il exerce ses droits civils en ce nom ». Le législateur québécois a donc institué l'égalité non pas en permettant à chacun d'utiliser le nom de l'autre mais en interdisant tout simplement l'usage du nom de l'autre et en imposant la conservation de son propre nom de famille.

**590.** L'égalisation ne s'est pas seulement faite dans le cadre des relations des époux entre eux mais également dans leurs relations avec leurs enfants. Ainsi, en 1977<sup>1102</sup>, la puissance paternelle a été remplacée par l'autorité parentale et celle-ci est en principe, en situation normale, détenue par les deux parents conjointement<sup>1103</sup>.

**591.** Les cinquante dernières années furent donc marquées, en France et au Québec, par l'égalisation croissante des statuts juridiques des conjoints que ce soit en matière de régime matrimoniaux, de nom ou encore d'autorité parentale. La reconnaissance de la position égale que doit avoir l'épouse ne s'est, toutefois, pas faite seulement par ce biais. Dans une perspective plus sociologique, l'égalisation s'est aussi réalisée par la reconnaissance

---

<sup>1098</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 98,

<sup>1099</sup> Art. 493 C.c.Q.

<sup>1100</sup> Art. 494 C.c.Q.

<sup>1101</sup> *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

<sup>1102</sup> *Loi modifiant le code civil*, L.Q. 1977, c. 72.

<sup>1103</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 308 et s., Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 1338 et s., Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Thémis, 2006, n° 512 et s., p. 831 et s.

progressive du travail domestique effectué par l'épouse et par la reconnaissance de sa valeur économique, valeur similaire à celle du travail salarié.

## 2. *La reconnaissance du travail domestique*

**592.** Depuis les années soixante on constate une certaine prise en considération du travail au foyer et de sa valeur économique<sup>1104</sup>. Jusque là le travail domestique apparaissait comme une occupation sans valeur économique. On distinguait ainsi au sein de la famille le rôle du père, « breadwinner », qui apportait les revenus financiers pour la famille et dont le travail avait une valeur économique déterminée sous forme de salaire et le rôle de la femme, mère au foyer dont l'activité de gestion du foyer ou de l'éducation des enfants n'avait pas de valeur économique reconnue. Le couple était alors vu sous forme de complémentarité<sup>1105</sup>. Cette complémentarité s'accompagnait de l'idée selon laquelle le travail de l'homme avait plus de valeur que celui de la femme. Certaines femmes par le biais de leur activité au foyer pouvaient toutefois permettre au couple de faire des économies, en faisant, par exemple des vêtements pour les enfants<sup>1106</sup>. La valeur économique de ces activités était alors certaine mais pas obligatoirement acceptée au même titre que le travail salarié.

**593.** Certaines féministes françaises des années soixante-dix, et en particulier, Christine Delphy<sup>1107</sup>, ont ainsi dénoncé cette non-reconnaissance et l'exploitation qui, selon elles, en découlait du genre féminin. Au Québec, une importante étude a également été effectuée par Louise Vandelac au début des années 1983 pour le Conseil du Statut de la Femme. Cette étude, portant sur la production domestique, s'est également interrogée sur la nécessité de reconnaître le travail domestique et sur les moyens possibles de mettre en œuvre une telle reconnaissance<sup>1108</sup>.

---

<sup>1104</sup> Voir pour une synthèse des théories féministes sur le sujet, Ségalen Martine, *Sociologie de la famille*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2008, p. 234 et s. Pour une étude plus spécifiquement québécoise voir Vandelac Louise, *Production Domestique, Document n°1, Document Synthèse*, Gouvernement du Québec, conseil du statut de la femme, 1983.

<sup>1105</sup> Ferrand Michèle, *Féminin Masculin*, Ed. La découverte, collection Repères, 2004, p. 9.

<sup>1106</sup> Luxton Meg, "Family Coping Strategies : Balancing Paid Employment and Domestic Labour", dans Collectif, *Family Patterns, Gender Relations*, sous la direction de Foy Bonnie J., Oxford University Press, 2001, p. 318, p. 319.

<sup>1107</sup> Delphy Christine, « Travail ménager ou travail domestique », dans *Les femmes dans la société marchande*, sous la direction de Michel Andrée, PUF, 1978, p. 39, « Mariage et divorce : l'impasse à double face », *Les temps modernes* 1974, n°333-334, p. 1815.

<sup>1108</sup> Vandelac Louise, *Production Domestique, Document n°1, Document Synthèse*, Gouvernement du Québec, conseil du statut de la femme, 1983.

**594.** Au-delà de toute idée d'exploitation, nous retiendrons avant tout les idées qui sous-tendent la reconnaissance économique du travail domestique. En effet, selon Mme Delphy, on a soutenu que le travail ménager est un travail gratuit et sans valeur économique au motif qu'il n'est pas productif, et qu'il ne passe pas par le marché<sup>1109</sup>. Différents arguments vont alors à l'encontre de ce raisonnement. Ainsi, selon l'auteur, certaines productions non marchandes et consommées par leur producteur sont traitées comme productives. C'est en particulier le cas de l'agriculteur qui garde une partie de sa production pour sa consommation personnelle. De plus, la notion d'économie souterraine souvent utilisée par les économistes peut nous permettre de penser que des prestations qui ne sont pas sur le marché ont tout de même une valeur économique. Enfin il peut paraître difficile de soutenir qu'un travail pour lequel serait payée une femme de ménage n'aurait plus de valeur économique lorsqu'il serait effectué par l'épouse et non par une tierce personne. Il est donc apparu que l'activité de la femme au foyer est bien un travail domestique avec une valeur économique et que cette valeur devait être reconnue afin d'une part de valoriser ce travail mais aussi de valoriser les femmes qui l'effectuent<sup>1110</sup> et de reconnaître qu'elles effectuent un travail de valeur égale à celui des hommes.

**595.** Cette valeur reconnue, le problème de l'évaluation de ce travail domestique<sup>1111</sup> s'est alors progressivement posé afin de pouvoir envisager l'importance économique de ce dernier. En France, différents calculs ont ainsi amené à montrer que, en 1975, avec une fourchette très large, le travail domestique représentait entre 33 et 77 % du produit intérieur brut marchand. La fourchette était certes très large mais, même en ne prenant en compte que la limite la plus basse, on peut constater l'importance économique du travail domestique. Au Canada on estimait en 1992 que le produit intérieur brut augmenterait de 41,4%<sup>1112</sup> si on y incluait le travail domestique. Cela représentait ainsi environ 235 milliards de dollars, soit un tiers de ce produit intérieur brut.

---

<sup>1109</sup> Delphy Christine, « Travail ménager ou travail domestique », *op. cit.* p. 46

<sup>1110</sup> Vandelac Louise, *Production Domestique, Document n°1, Document Synthèse*, Gouvernement du Québec, conseil du statut de la femme, 1983, p. 42.

<sup>1111</sup> Chadeau Anne et Fouquet Annie, « Peut-on mesurer le travail domestique ? », *Economie et statistiques* 1981, n°136 p. 29.

<sup>1112</sup> Eichler Margrit, *Family Shifts, Families, Policies, and Gender Equality*, Oxford University Press, 1997, p. 18.

**596.** Ces chiffres nous permettent ainsi de mieux appréhender l'importance du travail domestique et la nécessité de reconnaître sa valeur. Jusque dans les années soixante ce travail très important relevait essentiellement des femmes. Avec les mouvements féministes, en plus de l'idée de reconnaissance de ce travail, s'est développée la vision selon laquelle ce travail domestique devait être partagé entre les époux. Cette vision s'est alors peu à peu imposée dans le public et une enquête auprès de la population canadienne a ainsi montré que le chiffre des personnes adultes considérant que les tâches devraient être partagées entre les adultes est passé de 50% en 1970 à 80% en 1990<sup>1113</sup>. En France, les chiffres sont sensiblement les mêmes, 81% des français considérant qu'il est très important ou assez important pour le succès du mariage de partager les tâches ménagères<sup>1114</sup>. A l'instar de « l'homme rose » au Québec, les années soixante-dix ont vu émerger, en France, la notion de « papa-poule »<sup>1115</sup>. Ce partage égalitaire des tâches reconnu par l'opinion est certainement un grand pas dans l'émancipation des femmes et la reconnaissance de leur égalité avec les hommes. Il est d'autant plus important que les femmes ont depuis les années soixante revendiqué l'accès au marché du travail professionnel et la reconnaissance plus large de leur égalité avec les hommes dans la société. La reconnaissance du partage des tâches semblait alors fondamentale pour leur permettre d'intégrer cette nouvelle aire de travail et leur laisser le temps de pouvoir exercer une profession. Toutefois, il apparaît qu'aujourd'hui cette égalisation encore loin d'être atteinte.

## § 2. UNE INEGALITE AU SEIN DU COUPLE INACHEVEE DANS LES FAITS

**597.** Aujourd'hui quarante ans après le début de la véritable « révolution féministe », où en sommes-nous ? Quelles avancées sont réellement apparues et pourquoi aujourd'hui les femmes subissent-elles toujours plus fortement les conséquences économiques du divorce ? A cet égard, les études nous montrent que le partage des tâches ménagères entre les hommes et les femmes est encore loin d'être parfait.

---

<sup>1113</sup> Luxton Meg, *op. cit.* p. 325.

<sup>1114</sup> En 1999, 81% des français considèrent qu'il est très important (39%) ou assez important (42%) pour le succès du mariage de partager les tâches ménagères, dans Déchaux Jean-Hugues, *Sociologie de la Famille*, Collection Repères, Ed. La Découverte, 2007, p. 47, en 2008, ils étaient 46 % à juger ce partage très important soit 7% de plus qu'en 1999, Déchaux Jean-Hugues, *Sociologie de la Famille*, Collection Repères, Ed. La Découverte, 2009, p. 49.

<sup>1115</sup> Serrurier Catherine, *Ces femmes qui en font trop...*, Editions de la Martinière, 2002, p. 16.

598. En effet, si 80% des canadiens, et certainement autant de français, considéraient en 1990 que le partage des tâches au foyer devrait être égalitaire, cela est loin d'être le cas dans les faits. Certes la situation a évolué mais elle est encore loin d'être égale entre les hommes et les femmes. Ainsi en France en 1986, les hommes effectuaient en moyenne 2 h 07 de travail domestique par jour contre 5 h 07 pour les femmes. En 2010, le travail domestique des hommes était passé à 2 h 13 par jour et celui des femmes à 4 h 01<sup>1116</sup>. Une amélioration peut donc être notée mais les 6 minutes supplémentaires des hommes n'ont certainement pas permis aux femmes de diminuer substantiellement leur travail domestique. L'égalité est encore loin d'être acquise et les femmes assument encore 80% des tâches domestiques en France<sup>1117</sup>. L'inégalité se creuse même en présence d'enfants<sup>1118</sup>. En effet, dans le cadre de couple sans enfant, l'homme effectue en moyenne 1 h 17 de travail domestique (course et ménage) et la femme 2 h 59. Lorsque le couple a un enfant de plus de trois ans, l'homme effectue 1 h 25 de travail domestique (ménage, courses, soins aux enfants) contre 3 h 52 pour la femme. L'écart est déjà alors plus important. Il est encore plus marqué lorsque le couple a trois enfants ou plus de plus de trois ans, 1 h 45 pour l'homme et 4 h 19 pour la femme, et toujours plus remarquable lorsque sur les trois enfants l'un au moins a moins de trois ans : 2 h 14 de travail domestique (ménage, courses, soins aux enfants) pour l'homme contre 7 h 11 pour la femme<sup>1119</sup>. De façon générale, une enquête effectuée pour la Dares et le service des Droits des Femmes a quantifié le temps purement parental consacré tant aux petits qu'aux grands enfants<sup>1120</sup>. Cette enquête estime à environ 39h par semaine le temps consacré aux enfants, sur ces 39h, 26h, soit les deux tiers, sont prises en charge par la mère contre 13h par le père. L'augmentation de l'inégalité en défaveur des femmes au moment de l'arrivée d'un enfant, serait liée en partie à la réduction de l'activité de la femme et cette aggravation est souvent mal vécue par les femmes qui sont insatisfaites de cette situation. L'enquête « Etude des relations familiales et intergénérationnelles », qui a interrogé un même échantillon d'adulte en 2005 puis en 2008, a ainsi montré l'augmentation de

---

<sup>1116</sup> En 1999, le temps domestique était de 4h36 pour les femmes et encore de 2h07 pour les hommes, voir Bihl Alain et Pfefferkorn Roland, *Hommes Femmes Quelle égalité ?*, Les éditions de l'Atelier, 2002, p. 130. Voir également : INSEE, *Femmes et Hommes, Regards sur la parité*, Ed. INSEE, 2004, p. 118 et s. ; Brousse Cécile, « La répartition du travail domestique entre conjoints reste très largement spécialisée et inégale », dans *France, portrait social 1999-2000*, INSEE, p. 135. Pour les dernières données de 2010, voir *Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE, p. 69.

<sup>1117</sup> Régnier-Loilier Arnaud, « L'arrivée d'un enfant modifie-t-elle la répartition des tâches domestiques au sein du couple ? », *Population & Sociétés*, n° 461, novembre 2009.

<sup>1118</sup> Régnier-Loilier Arnaud, *op. cit.* p. 1.

<sup>1119</sup> *Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE, p. 70.

<sup>1120</sup> Voir Méda Dominique, *Le temps des femmes, pour un nouveau partage des rôles, nouvelle édition*, Ed. Champs actuel, 2008, p. 29 et s.



l'insatisfaction des femmes après la naissance d'un enfant, en particulier après la naissance du premier enfant. Ainsi la proportion de femmes donnant une note inférieure à 8 sur 10 passerait de 24% à 32%<sup>1121</sup> ce qui révèle une insatisfaction certes limitée mais néanmoins présente. Toutefois, malgré l'existence de cette insatisfaction, l'égalité dans les tâches domestiques en France est encore loin d'être acquise.

**599.** Cette différence dans la prise en charge des tâches domestiques s'explique par le fait que, lorsque l'homme et la femme vivent seuls le temps de travail domestique entre les deux n'est pas très différent, la femme effectuant 2 h 43 de travail domestique et l'homme 2 h 00 (ménage, courses, bricolage et jardinage)<sup>1122</sup>. L'installation en couple marque l'apparition, selon Cécile Brousse<sup>1123</sup>, d'une véritable « fièvre domestique » pour la femme. Cette « fièvre » se répercute alors sur cette dernière qui va prendre en main l'essentiel de ce surplus d'activité. Jean-Claude Kaufmann explique ainsi qu'elle entre progressivement dans un piège, souvent même sans s'en rendre compte<sup>1124</sup>. De plus, il semble probable que l'homme reporte sur la femme l'essentiel des tâches qu'il effectuait avant mais qui paraissent plus typiquement féminines et la vie en couple s'accompagne alors d'une véritable spécialisation des rôles. Certains voient même dans cette persistance de l'inégalité dans le partage du travail domestique un refus constant de l'homme d'effectuer ce travail<sup>1125</sup>. Les hommes n'auraient en effet pas intérêt à faire le travail domestique non rémunéré que les femmes continuent à effectuer. Cette réticence peut d'ailleurs paraître compréhensible, le travail domestique, répétitif et peu gratifiant, ne paraissant pas des plus intéressants.

**600.** La situation au Canada est semblable. Ainsi en 2005, les hommes effectuaient 2,5 heures de travail non payé par jour contre 4,3 heures pour les femmes<sup>1126</sup> (en 2010, on considérait qu'elles consacraient plus de deux fois plus d'heures à s'occuper des enfants : soit 50,1h pour les femmes contre 24,4h pour les hommes<sup>1127</sup>). On note néanmoins une évolution

---

<sup>1121</sup> Régnier-Loilier Arnaud, *op. cit.* p. 3

<sup>1122</sup> *Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE, p. 69.

<sup>1123</sup> Brousse Cécile, *op. cit.* p. 138.

<sup>1124</sup> Kaufmann Jean-Claude, *La trame conjugale, analyse du couple par son linge*, Ed. Pocket, 1992, p. 203 et s.

<sup>1125</sup> Luxton Meg, "Family Coping Strategies : Balancing Paid Employment and Domestic Labour", dans Collectif, *Family Patterns, Gender Relations*, sous la direction de Foy Bonnie J., Oxford University Press, 2001, p. 329.

<sup>1126</sup> Colin Lindsay, "Les femmes au Canada consacrent-elles aujourd'hui encore, plus de temps que les hommes aux travaux ménagers?", Statistiques Canada, article trouvé sur [www.statcan.ca/francais/freepub/89-630-XIF/2008001/article/10705-fr.htm](http://www.statcan.ca/francais/freepub/89-630-XIF/2008001/article/10705-fr.htm), voir également « Enquêtes sociale générale : travail rémunéré et non rémunéré », *Le quotidien*, 19 juillet 2006.

<sup>1127</sup> *Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe*, Statistiques Canada, 2011, p. 49.

puisque en 1986, les hommes effectuaient en moyenne 2,1h de travail ménager contre 4,8h pour les femmes. cependant, si une évolution importante est remarquable depuis 1986, on constate qu'en 1998, l'investissement des hommes était plus important au Québec qu'il ne l'était en 2005<sup>1128</sup>. Ce taux a toutefois augmenté récemment pour les pères d'enfant de moins de 4 ans vivant dans un couple dont les deux parents travaillent à temps plein, et en 2010 ces hommes consacraient 4,2h par jour aux tâches domestiques et aux soins de ces enfants contre 3,3h en 2005<sup>1129</sup>. Même si les pères souhaitent s'engager de plus en plus dans les relations familiales, leur temps de travail professionnel a augmenté et ils sont alors moins disponibles pour leur famille.

**601.** Les chiffres ne semblent donc pas très différents entre le Canada et la France et montrent la même différence quant au travail domestique entre les hommes et les femmes dans les deux pays. Au Canada un travail domestique supplémentaire commence à être recensé et semble également peser beaucoup plus sur les femmes que sur les hommes. Il s'agit des soins apportés aux personnes et parents âgés. Une femme sur 5 parmi celles qui s'occupent des personnes âgées y consacre au moins une journée par semaine (soit 7 h 30) contre un homme sur dix parmi les hommes s'occupant de personnes âgées<sup>1130</sup>. Ainsi au Québec 107 000 femmes passent entre 5 et 9 h par semaine à s'occuper de personnes âgées bénévolement, contre 54 500 hommes. Outre les enfants, les parents âgés semblent être une nouvelle charge pour les femmes.

**602.** Si les femmes ont investi le marché du travail, les hommes, en revanche ne se sont que peu investis dans la sphère familiale, laissant ainsi à leurs conjointes la plus grande part du travail domestique<sup>1131</sup>. Le mariage loin de leur apporter une simplification en matière de tâche ménagère est plutôt synonyme d'ajout de charges pour ces femmes et de « double journée ». Ces charges domestiques ne sont alors pas des plus simples à gérer en particulier

---

<sup>1128</sup> Conseil de la Famille et de l'Enfance, *L'engagement des pères : le rapport 2007-2008 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, septembre 2008, p. 43 et s. Au Québec, en 2010, les femmes de 25 à 34 consacraient 6,2h par jour aux soins des enfants et aux tâches domestiques contre 4,8 heures pour les hommes, Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 39.

<sup>1129</sup> Conseil du statut de la femme, *op. cit.* p. 39.

<sup>1130</sup> Statistiques Canada, *Canada Year Book 2001*, p. 193.

<sup>1131</sup> Pour une vision plus européenne de ce constat, voir Boele-Woelki Katharina, Ferrand Frédérique, Gonzalèz Beilfuss Cristina, Jänterä –Jareborg Maarit, Lowe Nigel, Martiny Dieter et Pintens Walter, *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Ed. Intersentia, 2013, p. 24.

parallèlement avec une carrière professionnelle. Elles peuvent amener la femme à quitter son emploi ou à aménager celui-ci.

**603.** C'est ainsi que la charge de travail domestique pesant sur les femmes les incitera à travailler à temps partiel. Ce type d'emploi leur permet de concilier emploi professionnel et travail domestique et en 2004, 34% des femmes canadiennes de 25 à 44 ans travaillant à temps partiel déclaraient le faire en raison de responsabilités liées à la garde des enfants<sup>1132</sup>.

**604.** Le travail à temps partiel, très majoritairement féminin<sup>1133</sup>, est aussi moins rémunérateur et, d'une manière plus insidieuse, ce partage inégal des tâches va aussi avoir une influence sur l'égalité des revenus entre les hommes et les femmes. En effet, malgré les législations mises en œuvre<sup>1134</sup>, les inégalités salariales demeurent. Ce sont certainement les inégalités les plus connues et les plus remarquées par le grand public. Si au cours des six premières années de carrière, les femmes ont un salaire inférieur aux hommes de 10% en

---

<sup>1132</sup> Lindsay Colin et Almey Marcia, "Chapitre 4: éducation" dans *Femmes au Canada, 5ème édition, Rapport statistique fondé sur le sexe*, Statistique Canada, Ministère de l'Industrie, 2006, p. 114.

<sup>1133</sup> En France en 2010, 82 % des salariés à temps partiel étaient des femmes (*Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE, p. 112 et s.) soit 30,6 % des femmes actives en 2013 (*Vers l'égalité entre les femmes et des hommes, Chiffres clés – Edition 2015*, Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes). Au Canada près de 7 salariés à temps partiel sur 10 sont des femmes et 26,9 % des femmes contre 11,9 % des hommes (*Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe*, Statistiques Canada, 2011, p. 130).

<sup>1134</sup> Au niveau de l'union européenne, voir l'article 119 du *Traité de Rome*, la directive communautaire 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre de l'égalité des chances et l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO UE du 26 juillet 2006, L. 204/23, *Charte des femmes* du 5 mars 2010 [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305\\_1\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/documents/pdf/20100305_1_fr.pdf), et *Pacte européen pour l'égalité entre les hommes et les femmes adopté par les membres du conseil européen* du 7 mars 2011 pour la période 2011-2020, doc 7166/11. Pour la France : *Préambule de la Constitution* du 27 octobre 1946, intégré dans le Préambule de la constitution du 4 octobre 1958, *Loi du 22 décembre 1972, Lois Auroux* de 1983 (Loi n°83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du Code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité entre les hommes et les femmes, *Loi n° 2001-392 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes*, *Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes* (Notté Gérard, « Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes », JCP 2006, n° 14-15 p. 651), *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la cinquième République*, *Loi n° 2011-103 du 27 juillet 2011 relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle*, *Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'Égalité réelle entre les femmes et les hommes*. Pour le Québec : *Charte québécoise des droits et libertés* de 1975, L.R.Q., c. C-12, *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. U-1, *Loi sur les justes salaires et les heures de travail*, S.C.R. 1979 c. L-3, *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982 R.-U., c.11)], *Loi canadienne sur l'équité en matière d'emploi*, S.C. 1986, c. 31, *Loi québécoise sur l'équité salariale*, L.R.Q., c. E-12-001, *Loi modifiant la loi sur l'équité salariale*, L.Q. 2009, c. 9, *Plan stratégique 2009-2014*, Commission sur l'équité salariale.

France et si les jeunes générations semblent aller vers plus d'égalité<sup>1135</sup>, le salaire des femmes demeure en moyenne inférieur de 19,2 % à tous emplois confondus dans le secteur privé et semi-public en 2012<sup>1136</sup> et de 23 % en 2009 pour les cadres dans le privé et le semi-privé<sup>1137</sup>. Les écarts de salaires dans la fonction publique étaient encore de 14,8 % en 2012<sup>1138</sup>. Au niveau du taux horaire, la différence entre le salaire de l'homme et de la femme était de 27% en 1996<sup>1139</sup>. Des travaux ont également mis en valeur que pour un capital humain identique l'écart est de 20% et que pour un capital humain et un capital carrière identique, la différence est de 15%<sup>1140</sup>. Au Canada, en 2008, les femmes avaient un revenu moyen qui équivalait à 64% de celui des hommes et au Québec ce revenu moyen équivalait à 72 % de celui des hommes<sup>1141</sup>. En 2008, les diplômées universitaires qui travaillaient à temps plein avaient un revenu égal à 68,3 % de celui gagné par un homme ayant le même niveau universitaire<sup>1142</sup>.

**605.** Différentes raisons expliquent ces différences de revenus. Outre le travail à temps partiel, il apparaît que les femmes travaillent d'une manière générale moins que les hommes. L'institut de la statistique du Québec a ainsi étudié le nombre d'heures travaillées des femmes et des hommes. Il a alors montré que l'écart entre les heures rémunérées des hommes et des femmes provient essentiellement du nombre d'heures d'absence pour obligations personnelles ou familiales, nombre plus élevé chez les femmes que chez les hommes : 71,2h par an pour les femmes contre 18,5h pour les hommes. Les femmes font également moins d'heures supplémentaires que les hommes (47,5h par an pour les hommes et 19,8h pour les femmes)<sup>1143</sup>. Ce nombre d'heures travaillées moins élevées pour les femmes implique alors des salaires moins élevées pour ces femmes.

**606.** Une autre raison de la différence de revenus entre les hommes et les femmes pourrait aussi être cherchée dans la survie d'une vieille mentalité selon laquelle le salaire de la

---

<sup>1135</sup> Manguéné Alice et Martinelli Daniel, « Femmes et Hommes en début de carrière – Les femmes commencent à tirer profit de leur réussite scolaire », INSEE Première, n°1284, février 2010, p. 2

<sup>1136</sup> *Vers l'égalité entre les femmes et des hommes, Chiffres clés – Edition 2015*, Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, p. 9.

<sup>1137</sup> *Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE, p. 119.

<sup>1138</sup> *Vers l'égalité entre les femmes et des hommes, Chiffres clés – Edition 2015*, Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, p. 9.

<sup>1139</sup> Silvera Rachel, « Les salaires : toutes choses inégales par ailleurs ? », dans *Les nouvelles frontières de l'inégalité, Hommes et femmes sur le marché du travail*, sous la direction de Maruani Margaret, Ed. La découverte / Mage, 1998, p. 127, p. 129.

<sup>1140</sup> INSEE, *Femmes et Hommes, Regards sur la parité*, Ed. INSEE, 2001, p. 67.

<sup>1141</sup> *Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe*, Statistiques Canada, 2011, p. 121.

<sup>1142</sup> *Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe*, op. cit., p. 159.

<sup>1143</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 25.

femme continue de constituer un salaire d'appoint<sup>1144</sup>. La vision traditionnelle du partage des tâches subsistant, la femme continue alors à avoir pour rôle principal la tenue du foyer et l'éducation des enfants. De plus, ce partage inégalitaire des tâches au sein du couple va avoir une influence sur l'évolution de la carrière des femmes. De nombreux employeurs considérant qu'une femme ayant des enfants ne peut occuper un poste à responsabilité car ils estiment qu'elle sera moins disponible qu'un homme. Aujourd'hui les catégories supérieures restent encore fermées aux femmes et elles ne représentent 36% des cadres en France<sup>1145</sup> et 22% des cadres supérieurs au Canada. Les femmes sont beaucoup moins présentes que les hommes dans les postes de direction même si une évolution peut-être notée. Si elles représentaient 14,4 % des chefs d'entreprises de 10 salariés et plus en France en 2000<sup>1146</sup>, elles ne représentaient que 16,6% de ces chefs d'entreprise en 2005<sup>1147</sup>.

**607.** L'égalité entre les femmes et les hommes paraît en bonne voie mais, aujourd'hui, elle est encore loin d'être parfaite. En effet les sondages montrent que les hommes semblent accepter le fait qu'il soit normal de partager les tâches entre les hommes et les femmes et le font savoir. Les législateurs après avoir reconnu la capacité de la femme et l'égalité juridique des époux au sein du couple et en tant que parents, mettent désormais en œuvre des législations dans le but de reconnaître l'égalité des sexes dans le domaine du travail ou dans la conciliation travail famille<sup>1148</sup>. La volonté d'égalisation est donc là mais sa concrétisation est encore loin d'être parfaite<sup>1149</sup>. Des sociologues et économistes considèrent ainsi que « pendant et à cause de l'union conjugale », la carrière de l'un, le plus souvent le mari, prend le dessus sur la carrière de l'autre, généralement son épouse<sup>1150</sup>. Le travail domestique et l'éducation des enfants pèsent en effet encore en grande majorité sur les femmes et une évolution des mentalités est nécessaire. Bien plus que les lois, ce sont les mentalités qui doivent changer et, malgré les bonnes intentions affichées par beaucoup, les inégalités subsistent dans les faits et les lois sont inefficaces.

---

<sup>1144</sup> Silvera Rachel, *op. cit.* p. 130.

<sup>1145</sup> Statistiques trouvées sur [www.insee.fr](http://www.insee.fr)

<sup>1146</sup> INSEE, *Femmes et Hommes, Regards sur la parité*, Ed. INSEE, 2001, p. 53.

<sup>1147</sup> Statistiques trouvées sur [www.insee.fr](http://www.insee.fr). Voir également Colin Christel, Djider Zohor et Ravel Claire, « La parité à pas comptés », *INSEE Première*, Mars 2005, n°1006.

<sup>1148</sup> Voir ainsi la toute dernière loi française, *Loi n° 2014-873 du 14 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*.

<sup>1149</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 24.

<sup>1150</sup> Leleu Yves-Henri, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour un indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *Conférences Roger Comtois*, Ed. Thémis, 2014, p. 9.

**608.** Le travail des femmes reste un travail subsidiaire et quoiqu'en disent les hommes, ils considèrent encore comme normal le fait qu'une femme s'occupe du foyer et des enfants. Les femmes devant leur double journée optent pour du travail à mi-temps ou s'impliquent moins dans leur carrière. Les employeurs eux-mêmes conservent une vision discriminatoire du travail des femmes. Ils hésitent à confier des responsabilités à une femme pensant qu'elle voudra certainement des enfants et que lorsque ceux-ci naîtront ils relèveront essentiellement de sa responsabilité. Ils conservent également la vision du travail des femmes comme un travail subalterne et les cantonnent à un certain nombre d'emplois déterminés, plus féminins. De plus, si la grande majorité des employeurs considèrent qu'ils doivent aider leurs salariés à concilier vie familiale et travail<sup>1151</sup>, seuls 2% des employeurs d'établissements de plus de 20 salariés proposent une offre de garde à leurs employés en France. Au Québec, la situation est différente et les garderies à 7 \$ subventionnées par l'Etat québécois se substituent à l'absence de crèches dans les entreprises. Les femmes, que ce soit au sein de la sphère familiale ou sur le marché du travail, portent donc encore la charge du mariage et des tâches qui y sont rattachées.

**609.** Cette vision discriminatoire du travail rattaché à un partage inégal des tâches ne pose pas de problème tant que le couple reste marié. En effet, la femme bénéficie du niveau de vie apporté par le salaire de son mari (même si dans les faits son propre salaire n'est pas souvent des plus négligeables pour faire vivre la famille). Elle a une certaine sécurité financière pour l'avenir même si elle a dû cesser de travailler ou a travaillé à mi-temps. Sa retraite moins élevée sera compensée en partie par celle de son mari et le partage des ressources des deux conjoints a pour conséquence qu'une certaine compensation naturelle s'exerce entre les conjoints pour réparer le préjudice économique dont souffre la femme du fait d'avoir moins travaillé que son mari.

**610.** Mais lorsque le mariage se termine par un divorce, cette compensation naturelle ne se fait plus et c'est alors la femme qui va subir les conséquences économiques des choix faits par les époux pendant le mariage. Son salaire considéré jusque là comme un appoint devient sa principale source de revenu. La garde des enfants étant le plus souvent

---

<sup>1151</sup> A la question « un employeur droit-il aider les salariés à coordonner leur travail avec leur vie familiale ? », ils sont 14% à répondre « oui absolument » et 62% à répondre « oui, dans certains cas », Ministère de l'emploi, *Chiffres-clés 2009 – L'égalité entre les femmes et les hommes*, p. 89.

confiée à la mère, elle doit, de plus, continuer à jongler entre vie professionnelle et vie familiale et peut encore moins que pendant le mariage se permettre de travailler pendant des heures supplémentaires<sup>1152</sup>. Lorsqu'elle n'a pas travaillé pendant le mariage en raison des choix faits par les conjoints, la situation est encore plus problématique et elle sera confrontée aux difficultés de trouver un emploi. Le partage du patrimoine familial ou du régime matrimonial peut dans une certaine mesure lui permettre de rééquilibrer cette situation. Mais l'objectif de ce partage est avant tout de compenser la participation de chacun aux charges du mariage et non de compenser pour l'avenir les choix faits par les époux au cours du mariage. Ce partage est, de plus, souvent d'un montant limité et ne peut permettre qu'une aide passagère. L'épouse se trouve alors souvent rapidement face à des difficultés économiques liées directement à l'organisation familiale. On considère ainsi que « le temps de la reconstruction économique » après une rupture est plus longue pour la femme que pour son mari<sup>1153</sup> et une importante baisse du niveau de vie est constatée pour l'épouse. Ainsi, aux Pays-Bas, une enquête a montré que, en cas de divorce d'un couple sans enfant, le pouvoir d'achat de l'ex-époux baisse de 6% et celui de l'ex-épouse de 27%. La différence est encore plus marquée en présence d'enfants : lorsque l'hébergement des enfants est confié à la femme, celle-ci perd 21% de son pouvoir d'achat, alors que celui de son ex-mari augmente de 33%. Lorsque l'hébergement est confié au père, celui-ci gagne toujours 6% de pouvoir d'achat tandis que la mère en perdra 19%<sup>1154</sup>. L'équité impose donc de réparer le préjudice que l'épouse peut subir par les choix faits pendant le mariage et la perte de chance professionnelle qui découle également de ce choix. Les législateurs dans les deux droits étudiés ont alors reconnu la nécessité de compenser cette situation.

---

<sup>1152</sup> Voir les développements de l'Honorable Juge L'Heureux-Dubé dans *Moge c. Moge*, [1993] 43 *R.F.L.* (3rd) 345, p. 441.

<sup>1153</sup> Leleu Yves-Henri, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, *Conférences Roger Comtois*, Ed. Thémis, 2014, p. 11

<sup>1154</sup> Leleu Yves-Henri, *op. cit.*, p. 18.

## **SECTION I : L'ADOPTION D'INSTITUTIONS AUX FONDEMENTS MULTIPLES**

**611.** L'égalité économique entre les hommes et les femmes et en particulier entre les ex-époux est, ainsi que nous avons pu le remarquer, loin d'être parfaite et transparaît avec acuité au moment du divorce. L'organisation du couple telle qu'elle avait été mise en place par les conjoints entraîne souvent des déséquilibres économiques entre les époux voire même une diminution de la capacité salariale de l'un d'entre eux. Le partage du patrimoine de la famille par le biais des régimes matrimoniaux, lorsqu'il est possible, n'est souvent que d'une aide limitée pour l'épouse qui souffre de problèmes économiques et n'a, de toute façon, pas pour objectif de compenser les iniquités nées des choix faits pendant le mariage. Dans les deux droits, les législateurs ont mis en place des institutions destinées à pallier à ces iniquités. Toutefois, ces institutions se sont avérées avec le temps avoir des fondements multiples et si elles égalisent l'avenir il semble qu'aujourd'hui elles le fassent tant pour compenser les iniquités économiques nées des choix faits pendant le mariage que pour fournir à l'un des conjoints les moyens qui lui sont nécessaires pour vivre indépendamment de toute idée de compensation. Le droit canadien reconnaît ainsi une obligation alimentaire à la fois compensatoire, non-compensatoire et contractuelle (I) et le droit français une prestation compensatoire qui se veut aussi alimentaire (II).

### **§ 1. UNE OBLIGATION ALIMENTAIRE CANADIENNE AUX FONDEMENTS MULTIPLES**

**612.** Les différents fondements de l'obligation alimentaire canadienne ont tout d'abord fait l'objet de discussions d'une jurisprudence partagée (A). C'est alors l'intervention de la Cour suprême qui a posé les trois fondements actuels de la l'obligation alimentaire canadienne entre ex-conjoints (B).

#### **A. A la recherche des fondements : les années quatre-vingt**

**613.** Lors de l'adoption de la loi de 1968 relative au divorce, le législateur avait prévu que le juge puisse octroyer une pension alimentaire à l'un des conjoints « s'il l'estime juste et approprié, compte tenu de la conduite des parties ainsi que de l'état et des facultés de



chacune d'entre elles et des autres circonstances dans lesquelles elles se trouvent »<sup>1155</sup>. Cette pension était reconnue comme ayant une nature alimentaire<sup>1156</sup> et un fondement légal, l'obligation alimentaire étant prévue dans la loi sur le divorce<sup>1157</sup>. Toutefois, à la suite de cette loi et de la disparition, du moins en partie du divorce pour faute, s'est posée la question de la « raison profonde »<sup>1158</sup> de cette obligation alimentaire.

**614.** On a tout d'abord considéré que le mariage étant l'union de deux personnes égales et indépendantes, en particulier économiquement, l'octroi d'une pension alimentaire ne devait servir qu'à permettre à l'un des conjoints de rééquilibrer rapidement sa situation financière et à favoriser la rupture nette, *clean break*, et définitive des liens entre les parties. La pension alimentaire devrait alors être limitée à un montant précis et versée le plus rapidement possible. Elle n'avait alors plus un fondement alimentaire mais un fondement de « réadaptation » rapide, c'est-à-dire de retrouver rapidement l'équilibre financier.

**615.** Cette vision correspondait alors à celle des féministes des années soixante-dix qui considéraient que les hommes et les femmes devaient être mis sur un pied d'égalité dans tous les domaines, y compris le divorce, et qui envisageaient le versement d'une pension alimentaire comme un versement dégradant pour la femme<sup>1159</sup>. L'indifférence du sexe du débiteur et du créancier de la pension alimentaire dans la Loi sur le divorce de 1968 découlait alors de cette vision égalitariste, alors qu'antérieurement la pension devait être versée par le mari à la femme et non inversement. A cette critique féministe de l'obligation alimentaire entre époux post-divorce, s'ajoutait le fait qu'à partir des années 70 ont apparu différentes législations provinciales permettant le partage des biens familiaux entre les conjoints et donc

---

<sup>1155</sup> Article 11 (1) de la *Loi sur le divorce de 1968*.

<sup>1156</sup> Voir Mayrand Albert, « L'obligation alimentaire entre les époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce », dans *Lois nouvelles II*, Les Presses de l'université de Montréal, 1970, p. 53. M. Pineau semble également privilégier le caractère alimentaire de l'obligation alimentaire post-divorce entre conjoints et considère que ce sont essentiellement les besoins qui justifient l'octroi d'une pension alimentaire et non le dommage que l'un des époux peut subir, voir Pineau Jean, *La famille, Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 179 et s.

<sup>1157</sup> Voir, entre autres, Ouellette Monique, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> éd., Thémis, 1995, p. 253.

<sup>1158</sup> «Basic rationale», Rogerson Carol, « Spousal support after Moge », [1996-1997] 14 *C.L.F.Q.* 281, p. 285.

<sup>1159</sup> Voir le Conseil du Statut de la femme, Gouvernement du Québec, *Mémoire présenté à la Commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, 20 février 1979, p. 28 : « Cette position [l'introduction d'un article permettant à un conjoint divorcé de demander des aliments une fois le jugement final intervenu] entre en désaccord avec les idées mises de l'avant par le C.S.F. qui préconise l'accession à l'autonomie le plus rapidement possible. Comme c'est généralement la femme qui a des besoins financiers, c'est donc cette dernière qui est maintenue dans un état de dépendance face à son conjoint. Le maintien de la dette alimentaire une fois le jugement final prononcé procure à la femme une protection superflue et contribue à perpétuer sa situation de dépendance ».

l'acquisition d'un certain patrimoine par chacun des conjoints à la dissolution de l'union<sup>1160</sup> et une pension alimentaire n'était alors plus qu'exceptionnellement nécessaire.

**616.** Cette vision de la pension alimentaire – « réadaptation » était renforcée par le fait que les législations provinciales avaient progressivement adopté des dispositions prévoyant la limitation de la durée de la pension alimentaire à la période nécessaire à l'épouse pour réintégrer la vie professionnelle et retrouver son autonomie. C'est ainsi que l'ancien article 635 du Code civil du Québec devenu l'article 587 du Code civil du Québec en 1994 dispose que « 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 ».

**617.** De plus, si la législation fédérale sur le divorce ne prévoyait pas une telle disposition, l'idée de *clean break* avait été envisagée par la Commission de réforme du droit du Canada. Dans son rapport sur l'obligation de soutien entre époux à la suite du divorce<sup>1161</sup>, elle considérait que le mariage en tant que tel ne donnait pas un droit au soutien et qu'une personne divorcée devait subvenir à ses propres besoins. Elle précisait néanmoins qu'un tel soutien devait être possible dans certains cas, et, entre autres, en raison de la répartition des rôles entre les époux pendant le mariage. Lorsqu'un tel soutien serait accordé, le créancier devrait alors, selon la Commission avoir une « obligation de pourvoir à ses propres besoins dans un délai raisonnable à la suite du divorce, sauf si compte tenu de l'âge des conjoints, de la durée du mariage, de la nature des besoins de l'époux et de l'origine de ces besoins, il ne serait pas raisonnable d'exiger que le conjoint soutenu puisse jamais assumer la responsabilité de son propre soutien, et raisonnable d'exiger de l'autre époux qu'il continue à assumer sa responsabilité ». Les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada allaient donc vers une rupture nette du mariage et vers l'objectif de privilégier l'indépendance des conjoints. Il ne s'agissait toutefois, et en l'occurrence, que de propositions et non de droit positif.

---

<sup>1160</sup> Davies Christine, « Compensatory Support: New Beginning or a Return to the Past », [1986] 11 *C.F.L.Q.* 129, p. 129. C'est en particulier à cette époque que fut adoptée le *Family Law Reform Act* de l'Ontario de 1978, S.O. 1978, chap. 2.

<sup>1161</sup> Commission de réforme du droit du Canada, *Obligation de soutien à la suite du divorce*, Rapport n°12, 1976, p. 20 et s.

**618.** Cette perception de l'obligation alimentaire entre ex-époux fut également soutenue par certains juges et ce fut en particulier le cas de l'Honorable Juge Lamer dans la décision *Messier c. Delage*<sup>1162</sup> en 1983. Dans cette affaire, la Cour suprême devait se prononcer sur la possibilité de prolonger ou non le versement d'une pension alimentaire cinq ans après le prononcé du divorce. L'opinion majoritaire sous la plume du Juge Chouinard se contenta d'accepter la prolongation en considérant que cette question devait en être une de fait et de cas par cas<sup>1163</sup>. Le Juge Lamer, dans son opinion dissidente, refusait, pour sa part, une telle prolongation au motif que l'aide de l'ex-conjoint devait se limiter à une aide limitée dans le temps destinée à permettre à l'époux dans le besoin d'obtenir une certaine autonomie, l'Etat devant prendre le relais après l'écoulement de cette période limitée. Le Juge Lamer a alors privilégié la théorie de la rupture nette et la vision de la pension alimentaire – réadaptation.

**619.** Cette position soutenue par d'autres juges ne faisait néanmoins pas l'unanimité et pouvait, de plus, contribuer à aggraver la situation de certaines femmes en ne leur donnant pas des moyens suffisants après le divorce<sup>1164</sup>. Pendant toutes les années quatre-vingts, il a ainsi régné une grande confusion à ce sujet amenant même certains auteurs à dire que trouver la philosophie sous-jacente à la jurisprudence à cette obligation pourrait être comparé à un casse-tête dont on trouve pas la solution<sup>1165</sup>. Le législateur dans l'article de la loi précité laissait une grande liberté aux juges et ceux-ci pouvaient rendre des décisions très divergentes voir contradictoires selon leur propre conception de la famille allant de l'octroi parcimonieux d'une telle pension à la plus grande largesse<sup>1166</sup>.

**620.** Une nouvelle vision de la pension alimentaire était alors nécessaire et face à l'incertitude qui régnait dans la jurisprudence, le législateur est intervenu en 1985 avec la réforme du droit du divorce<sup>1167</sup>. Il modifia les dispositions relatives à l'obligation alimentaire

---

<sup>1162</sup> *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, voir également Harvison Young Alison, „Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada“, [2001] 80 R. du B. Can. 749, p. 754 et s.

<sup>1163</sup> Voir Pilon Suzanne, « La trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints ou ex-conjoints (Arrêts Richardson, Pelech et Caron), (1987) R.D.F. 533, p. 535.

<sup>1164</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Thémis, 2006, p. 402 et s.

<sup>1165</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Thémis, 2006, p. 401, n°301. Voir également les commentaires du Juge Chouinard dans *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401, p. 409.

<sup>1166</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.* p. 402.

<sup>1167</sup> *Loi concernant le divorce et les mesures accessoires*, L.R.C. (1985), c. 3 (2<sup>ème</sup> suppl.) [L.C.R., c. D-3.4], pour des commentaires de la nouvelle loi sur le divorce voir, entre autres Castelli Mireille, « La Loi de 1985 sur le divorce : présentation et comparaison sur les anciennes solutions », dans *Mélanges L.-P. Pigeon*, 1989, p. 131, Kélada Henri, « Quelques aspects sur la nouvelle loi sur le divorce », (1986) R.D.F. 697.

entre conjoints post-divorce et en précisera alors des objectifs et des critères afin de mieux encadrer l'activité judiciaire<sup>1168</sup>. L'article 15.2 (6) prévoit ainsi les objectifs suivants :

Article 15.2 (6) :

« L'ordonnance ou l'ordonnance provisoire rendue pour les aliments d'un époux au titre vise :

- a) à prendre en compte les avantages et 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. »

**621.** A ces objectifs s'ajoutent les critères suivants :

Article 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. »

**622.** Lors de leur adoption, ces nouveaux objectifs furent applaudis par le Barreau du Québec qui reconnaissait la nécessité de prendre en compte la situation de certains époux dans le cadre de mariages traditionnels<sup>1169</sup>.

**623.** Toutefois, la diversité des objectifs et critères adoptés montre, selon Carol Rogerson<sup>1170</sup>, la difficulté pour le législateur de mettre en œuvre une philosophie claire de l'obligation alimentaire post-divorce entre conjoints. Malgré la volonté affichée dans la loi de ne pas privilégier la théorie de la rupture nette et de reconnaître que des inconvénients économiques peuvent naître du mariage et qu'ils doivent alors donner lieu à une importante

---

<sup>1168</sup> Rogerson Carol, « Spousal support after Moge », [1996-1997] 14 *C.L.F.Q.* 281, p. 285.

<sup>1169</sup> Voir Barreau du Québec, *Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit de la famille présenté au Comité permanent de la justice et des questions légales de la Chambre des Communes le 12 juin 1985 sur le Projet de Loi C-47 (Loi sur le Divorce)*, p. 6.

<sup>1170</sup> Rogerson Carol, p. 286.

compensation, la jurisprudence a continué à limiter l'octroi de pensions alimentaires entre ex-époux.

**624.** Ce fut en particulier le cas de la Cour suprême dans les décisions *Richardson c. Richardson*<sup>1171</sup>, *Pelech c. Pelech*<sup>1172</sup> et *Caron c. Caron*<sup>1173</sup>, connues sous la dénomination de *Trilogie*<sup>1174</sup>. Ces trois décisions concernaient des affaires où les conjoints avaient réglé par convention au moment de leur divorce le montant, la durée et les conditions d'octroi de la pension alimentaire versée, dans les trois cas, par le mari à sa femme. Dans les trois cas se posait le problème de la prolongation du versement de la pension alimentaire, celle-ci ayant été fixée pour une durée déterminée dans deux des affaires et dans la troisième, le bénéficiaire d'une telle pension ayant été perdu par l'épouse, celle-ci ayant vécu avec un autre pendant plus de quatre-vingt-dix jours.

**625.** Dans les trois affaires la Cour suprême refusa de modifier les conventions. Elle considéra en effet que les conventions entre époux devaient être respectées et que les conventions ne pouvaient être révisées « que lorsqu'est survenu un changement radical dans la situation de l'ancien conjoint et que ce changement résulte d'un régime de dépendance économique engendré par le mariage »<sup>1175</sup>.

**626.** Une des interprétations qui peut être faite de ces décisions est le fait que la Cour suprême ait souhaité respecter les conventions passées entre les conjoints et ne pas les remettre en cause au moindre changement de circonstances.

**627.** Il est aussi possible d'interpréter ces décisions comme la mise en valeur par la Cour suprême du lien de causalité qui doit exister entre la pension alimentaire reçue par le conjoint, les circonstances du mariage et les décisions prises pendant celui-ci<sup>1176</sup>. Une telle idée de causalité se retrouvait déjà dans la décision dissidente du Juge Lamer s'inspirant des travaux de la Commission de réforme du droit qui recommandait que le soutien financier à la

---

<sup>1171</sup> *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857.

<sup>1172</sup> *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.

<sup>1173</sup> *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892.

<sup>1174</sup> Pour des commentaires sur cette Trilogie et les différentes décisions qui la composent voir Pilon Suzanne, *op. cit.*, McLeod James G., [1987] 7 R.F.L. (3d) 226, Bissett-Johnson Alastair, [1988] 67 R. du B. Can. 153, Payne Julien D., « A Practitioner's Guide to Spousal Support in Divorce Proceedings », (1988) 19 R.G.D. 701, Laroche Ghislain, *Les pensions alimentaires*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Modulo Editeur, 1997, p. 15 et s.

<sup>1175</sup> Le Juge Wilson dans *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, p. 866. Voir également les conclusions du même Juge dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 851.

<sup>1176</sup> Voir Rogerson Carol, "The Causal Connection Test in Spousal Support Law" (1989) 8 *Can. J. Fam. L.* 95, p. 98 et s.

suite du divorce ait pour objectif la réadaptation à la suite des inconvénients économiques causés par le mariage<sup>1177</sup>. Le juge avait alors constaté que les difficultés économiques de la créancière n'étaient plus la conséquence du mariage et ne justifiaient donc plus le versement d'une pension alimentaire. Les décisions de la trilogie ne seraient donc que la reprise par les juges majoritaires de la Cour suprême de l'opinion minoritaire du Juge Lamer dans la décision *Messier c. Delage* de 1983.

**628.** Enfin la troisième interprétation, et celle retenue par les juges, est que la Cour suprême a voulu privilégier la rupture nette à la suite du divorce<sup>1178</sup> et ceci que les conséquences du divorce aient ou non été réglées par convention. Ainsi l'obligation alimentaire n'aurait pas pour objectif de compenser indéfiniment les inconvénients économiques que pouvait subir un époux à la suite de la dissolution du mariage, mais, bien plus, de permettre à chacun des époux de refaire sa vie et d'éviter, dans la mesure du possible que l'un des conjoints ne subvienne trop longtemps aux besoins de l'autre<sup>1179</sup>. C'est avant tout la responsabilité individuelle de chacun qui devrait prédominer et chacun des époux devrait compter sur lui-même avant de pouvoir compter sur son conjoint. Cette pension alimentaire adoptée dans un but de réadaptation allait alors bien dans le sens des théories féministes envisagées antérieurement<sup>1180</sup>. Cette interprétation allait certainement au-delà de la jurisprudence de la Cour suprême qui, dans le cadre de la *Trilogie*, se limitait à une interprétation du lien de causalité dans le cadre de la remise en cause de convention entre ex-conjoints et non dans le cadre plus général de toutes les fixations de pension alimentaire.

**629.** A la suite des décisions de la *Trilogie* et malgré les principes posés par le législateur, de nombreuses Cours des différentes provinces ont suivi cette interprétation stricte et considéré que la vision du *clean break* devait continuer à l'emporter et les pensions alimentaires être d'une durée et d'un montant limités<sup>1181</sup>.

**630.** Cette application stricte de l'obligation alimentaire entre ex-époux ne faisait que mettre en œuvre le dernier objectif de l'ordonnance alimentaire prévu par le législateur :

---

<sup>1177</sup> *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401., p. 422.

<sup>1178</sup> Voir Shaffer Martha et Melamed Daniel S., « Separation Agreements Post-Mogé, *Willick and L.G. c. G.B.: A New Trilogy?* », [1999] 16 *Can. Fam. L. Rev.* 51, p. 54.

<sup>1179</sup> Voir Pilon Suzanne, « La trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints ou ex-conjoints (Arrêts *Richardson, Pelech et Caron*), (1987) *R.D.F.* 533, p. 534 et s.

<sup>1180</sup> Harvison Young Alison, « Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada », [2001] 80 *R. du B. Can.* 749, p. 763.

<sup>1181</sup> Shaffer Martha et Melamed Daniel S., *op. cit.* p. 54.

favoriser dans la mesure du possible l'indépendance économique. Des raisons sociologiques, et en particulier l'appauvrissement croissant des ex-épouses, allaient à l'encontre d'une telle adaptation qui, de plus, limitait la volonté du législateur. Les juges de la Cour suprême eux-mêmes, dans le cadre de la trilogie, avaient envisagé la possibilité de cas limites où l'interprétation stricte devait être écartée et où la révision devait être acceptée<sup>1182</sup>. Il reconnaissait ainsi la théorie de la *Grand mother clause* selon laquelle pour certaines femmes, ayant sacrifié tout emploi et toute carrière pour se consacrer pendant toute leur vie à l'entretien de la famille, une pension alimentaire temporaire après le divorce n'est pas suffisante. L'égalisation, dans ce cas, ne pouvait se limiter à être formelle mais devait prendre un caractère plus substantiel.

**631.** Face à la réalité sociologique, des juges du fond ont alors commencé à reconnaître que l'obligation alimentaire avait plusieurs fondements qui ressortaient des objectifs fixés par le législateur et qui furent ensuite reconnus par la Cour suprême.

## **B. La reconnaissance d'une obligation alimentaire entre ex-conjoints avec trois fondements différents**

**632.** Trois fondements ont été reconnus par la Cour suprême pour cette obligation alimentaire, un fondement compensatoire (1), un fondement non-compensatoire (2) et un fondement contractuel (3)<sup>1183</sup>.

### *1. Le fondement compensatoire*

**633.** La jurisprudence issue de la Trilogie considérée comme décalée par rapport à la réalité sociale étant de plus en plus critiquée<sup>1184</sup>, certains auteurs<sup>1185</sup> ont proposé en

---

<sup>1182</sup> *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 851.

<sup>1183</sup> Voir *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320, n°38 et s. Voir Lasalle Raymonde, Perreault Stéphanie et Sokol Magdalena, « Fascicule 24 – Mesures accessoires – Obligation alimentaire entre ex-conjoints », *Jurisclasser Personnes et familles*, 2012, n° 18, p. 10. Laviolette Nicole et Audet Julie, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 268 et s.

<sup>1184</sup> McLachlin Beverley, « Spousal Support : it is Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? », [1990] 9 *Can. Fam. L. Rev.* 131, Sheppard Colleen, « Uncomfortable Victories and Unanswered Questions: Lessons from *Moge* », [1995] 12 *Can. J. Fam. L.* 283, p. 291, ainsi que l'Etude de Douglas Kristen, *L'application des dispositions de la Loi sur le Divorce aux pensions alimentaires : une nouvelle orientation*, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, mai 1991, p. 15. Ceci d'autant plus qu'elle ne correspondait pas l'esprit même des décisions de la Cour suprême, voir Payne Julien D., « Further Reflections on Spousal and Child Support After *Pelech*, Caron and Richardson », (1989) 20 *R.G.D.* 477, p. 486.

s'appuyant sur les objectifs de la loi de 1985 de voir un fondement compensatoire dans la pension alimentaire entre ex-époux.

**634.** Une des premières décisions à avoir reconnu ce fondement compensatoire de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints fut la décision *Linton c. Linton*<sup>1186</sup> de la Cour d'appel de l'Ontario de 1990. Dans cette affaire, la Cour avait reconnu la nécessité d'accorder une pension alimentaire à une épouse qui pendant toute la durée du mariage, soit de 1958 à 1982, n'avait pas travaillé pour se consacrer à sa famille. Le Juge Osborne, sous la plume duquel était rendue la décision, considérait ainsi que la Loi sur le divorce de 1985 s'appliquant dans l'affaire, tous ses objectifs devaient être pris en considération et pas seulement celui de l'indépendance économique. De plus, pour le Juge, une pension alimentaire entre ex-conjoints ne découlait pas en tant que telle de l'existence même du mariage mais plutôt des conséquences économiques liées à l'organisation du travail entre les époux pendant le mariage. La femme ayant mis de côté sa carrière pour s'occuper des enfants et le mariage ayant été long, il devait y avoir une présomption selon laquelle elle devait recevoir une pension alimentaire. Cette décision qui permettait à l'épouse de recevoir une pension alimentaire d'une longue durée et remettait ainsi en cause l'application de la notion de *clean break* dans le cadre du mariage traditionnel, avait l'intérêt de s'interroger sur les principes et fondements de l'obligation alimentaire entre ex-époux. Elle permettait de limiter l'utilisation de ce *clean break* et de reconnaître l'importance, pour la pension alimentaire, de la notion de compensation pour iniquités économiques nées des choix faits par les époux durant le mariage et donc le fondement compensatoire de l'obligation alimentaire entre ex-époux.

**635.** La décision *Moge*<sup>1187</sup> de la Cour suprême continua dans cette voie et reconnut expressément et de façon détaillée ce fondement compensatoire. Dans cette affaire, les époux Moge mariés en Pologne dans les années cinquante avaient immigré au Canada en 1960. Ils se sont séparés en 1973 et ont divorcé en 1980. Mme Moge avait peu d'instruction, durant le mariage, elle s'était occupée de la maison et des enfants et travaillait à temps partiel comme

---

<sup>1185</sup> Voir entre autres et surtout Rogerson Carol, « The Causal Connection Test in Spousal Support Law » (1989) 8 *Can. J. Fam. L.* 95.

<sup>1186</sup> *Linton c. Linton*, [1991] 30 *R.F.L.* (3d) 1, note McLeod James G.

<sup>1187</sup> *Moge c. Moge*, [1993] 43 *R.F.L.* 345 commentée par McLeod James G, voir également Sheppard Colleen, « Uncomfortable Victories and Unanswered Questions: Lessons from *Moge* », [1995] 12 *Can. J. Fam. L.* 283, Goubau Dominique, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », [1993] 72 *R. du B. Can.* 279.



préposée à l'entretien de bureaux. A la suite de la séparation elle avait obtenu la garde des trois enfants et une pension alimentaire pour elle et les enfants. M. Moge s'est remarié en 1984. Mme Moge a perdu son emploi en 1987 et la pension alimentaire a été augmentée de 150 à 400 \$ canadiens par mois. Elle n'a pas retrouvé d'emploi et M. Moge a obtenu en 1989 une ordonnance mettant fin au paiement des aliments. Cette ordonnance fut remise en cause par la Cour d'appel et M. Moge a engagé un recours devant la Cour suprême contre cette décision.

**636.** La Cour suprême sous la plume de la Juge L'Heureux-Dubé s'est écartée de la vision restrictive du *clean break*. La Cour a tout d'abord considéré que tous les principes de la Loi sur le divorce devaient jouer dans l'octroi d'une pension alimentaire et que le principe de l'autonomie financière ne devait pas primer sur les autres. Elle a alors rejoint les motifs du Juge Osborne dans la décision *Linton*. Elle a limité l'application de la trilogie à des divorces dans lesquels les conséquences alimentaires seraient réglées sous forme de convention et non à toutes les situations de divorces même non consensuelles, ainsi que cela avait été décidé par les Cours inférieures.

**637.** La Juge L'Heureux-Dubé a fait appel à des considérations plus sociologiques pour montrer que le divorce et ses conséquences économiques ont un rôle dans la féminisation de la pauvreté au Canada et c'est alors qu'elle se distingue des motifs de la décision *Linton*<sup>1188</sup>. Elle a ainsi expliqué que la pauvreté des femmes à la suite du divorce est souvent liée aux choix faits par les époux pendant le mariage et que c'est souvent la femme qui fera les frais de ces choix. Elle a constaté que la loi sur le divorce porte sur les conséquences du mariage et de son échec et que ces conséquences doivent être assumées équitablement par les parties. Si les époux ont toujours l'obligation de subvenir à leurs propres besoins, le but ultime du partage des ressources est de réduire le plus possible les désavantages économiques subis par l'un des époux. Le mariage en soi, selon elle (comme d'ailleurs le Juge Osborne), ne donne pas un droit aux aliments entre époux. Toutefois, peu de couples peuvent faire un *clean break* après le divorce et il n'est pas rare, comme l'ont montré les enquêtes sociologiques, que l'un, voire les deux époux aient dû sacrifier soit totalement soit en partie leur carrière et souffrent alors de désavantages économiques. L'obligation alimentaire va alors avoir pour but de réparer ces désavantages économiques et avoir un fondement compensatoire, une indemnisation sans qu'aucune idée de faute ne soit présente.

---

<sup>1188</sup> McLeod James G., Commentaires sur la décision *Moge c. Moge*, [1993] 43 R.F.L. 455, p. 458.

**638.** Dans la décision *Moge*, la Juge L'Heureux-Dubé a donc insisté sur le fondement compensatoire de la pension alimentaire et, comme nous l'explique Mme Rogerson et M. Thompson, l'obligation alimentaire, dans ce modèle compensatoire, « doit se comprendre avant tout comme une forme d'indemnisation pour la perte des possibilités économiques ou, selon les termes de la Loi sur le divorce, comme l'inconvénient économique résultant des fonctions assumées pendant le mariage »<sup>1189</sup>. Cette reconnaissance du fondement compensatoire de l'obligation alimentaire entre ex-époux canadienne est fondamentale. Elle montre la prise en considération par la Cour suprême de la situation sociologique et des iniquités économiques qui peuvent naître du mariage en lui-même. Si le législateur avait déjà reconnu ce fondement compensatoire pour l'obligation alimentaire entre ex-époux, il n'en demeure pas moins que la décision *Moge* est aujourd'hui la décision de principe en matière d'obligation alimentaire compensatoire. Cette décision répond bien à la demande de la société qui était de réduire les injustices que subissent les femmes. Les mouvements féministes égalitaristes qui souhaitaient avant tout une égalisation formelle n'avaient en effet pas entièrement permis une égalisation dans les faits de la situation entre les hommes et les femmes et le droit se devait alors d'intervenir pour permettre cette égalisation de manière substantielle et reconnaître la nécessité d'un partage équitable entre les ex-époux<sup>1190</sup>.

**639.** Dans cette décision, la Juge L'Heureux-Dubé remet également en cause la distinction simpliste entre mariages modernes et mariages traditionnels. Cette distinction avait amené à la création de la théorie de la « *grand-mother clause* » qui limitait l'octroi d'une pension alimentaire à long terme à un type de mariage déterminé : celui d'un long mariage à l'issue duquel l'épouse âgée qui n'a jamais travaillé ne peut espérer retrouver du travail. L'arrêt *Moge* permet ainsi de mettre en valeur le fait que beaucoup de mariages soient inclassables et que même dans des mariages où les deux époux ont travaillé, l'un d'eux peut subir des conséquences économiques au moment de la dissolution du lien matrimonial<sup>1191</sup>.

---

<sup>1189</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *Lignes directrice facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Ebauche d'une proposition*, Ministère de la Justice Canada, janvier 2005, p. 7.

<sup>1190</sup> Sheppard Colleen, « Uncomfortable Victories and Unanswered Questions: Lessons from *Moge* », [1995] 12 *Can. J. Fam. L.* 283, p. 305 et s.

<sup>1191</sup> Goubau Dominique, « Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », [1993] 72 *R. du B. Can.* 279, p. 286 et s.

**640.** A la suite de cette décision, la jurisprudence des cours inférieures évolua progressivement<sup>1192</sup> et reconnut plus largement le fondement compensatoire de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints et la nécessité de prendre en considération le préjudice susceptible de résulter des choix faits par les conjoints et des sacrifices faits au profit de la famille par l'un ou les deux conjoints. Toutefois, si les juges accordent plus largement l'obligation alimentaire pour compenser les choix faits pendant les époux pendant le divorce, les tribunaux québécois ont réitéré à plusieurs reprises le principe selon lequel, le créancier de l'obligation alimentaire doit faire des efforts, en tenant compte, entre autres, de son degré d'instruction, de sa santé, de son âge, pour atteindre son autonomie<sup>1193</sup>. C'est ainsi que dans la décision *Droit de la Famille – 13879*<sup>1194</sup>, les juges ont considéré que la conjointe créancière n'ayant pas fait les efforts nécessaires pour atteindre cette autonomie, devait voir réduire la pension alimentaire qui lui était versée puis annulée au bout de cinq années, à moins qu'elle ne démontre avoir fait des efforts suffisants mais qui n'avait pas abouti à cette autonomie. La créancière, en l'occurrence, détenait un diplôme de massothérapie et d'orthothérapie et n'avait pas fait de démarche pour se faire une clientèle et ouvrir un cabinet puis avait travaillé comme vendeuse dont elle avait été licenciée. La créancière considérait qu'elle était trop âgée pour travailler dans le commerce alors que la Cour soutenait qu'elle pourrait relativement aisément trouver un emploi dans ce domaine. Les juges québécois apparaissent donc de plus en plus stricts et prêts à annuler une pension alimentaire si la créancière ou le créancier fait des choix de vie ou des efforts jugés insuffisants pour atteindre leur autonomie.

**641.** La décision *Moge* a posé le principe du fondement de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints. La Juge L'Heureux-Dubé alla même plus loin et reconnut, en *obiter dictum* que le troisième objectif relatif aux inconvénients et échecs qui découlent du mariage ou de son échec, impliquait la possibilité d'une obligation alimentaire non compensatoire en particulier dans le cas d'un conjoint qui souffre de maladie ou d'incapacité. Elle considérait alors le fait que la « charge première de l'obligation alimentaire conjugale devrait incomber aux membres de la famille et non à l'Etat »<sup>1195</sup>. Ce fondement fut alors à son tour

---

<sup>1192</sup> Goubau Dominique, « La pension alimentaire de « l'après-Moge » : une valse à deux temps... », (1996) *Congrès du Barreau du Québec* 255.

<sup>1193</sup> Tétrault Michel, « De choses et d'autres en droit de la famille », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation continue du Barreau du Québec 2013, Ed. Yvon Blais, p. 346.

<sup>1194</sup> *Droit de la Famille – 13879*, 2013 QCCS 1752.

<sup>1195</sup> *Moge c. Moge*, [1993] 43 R.F.L. 345, p. 439.

expressément reconnu par la Cour suprême en 1999 dans la décision *Bracklow c. Bracklow*<sup>1196</sup>.

## 2. *Le fondement non compensatoire*

**642.** L'*obiter dictum* de la Juge L'Heureux-Dubé dans la décision *Moge* faisait déjà écho à des jurisprudences antérieures de cours provinciales qui apparaissaient alors comme dissidentes. Dès le début des années 80 des décisions des cours canadiennes inférieures avaient ainsi admis cette possibilité de pension à la charge de l'ex-conjoint et au profit du conjoint malade<sup>1197</sup>. La Cour d'appel du Québec<sup>1198</sup> avait ainsi, par exemple, accordé, en 1990, une pension alimentaire à l'épouse épileptique qui était déjà malade au moment du mariage, considérant que le mari avait accepté la maladie de sa conjointe et que s'étant alors engagé en toute connaissance de cause, il devait continuer à subvenir à ses besoins. La réponse pouvait en revanche être différente si la maladie était apparue après la célébration du mariage puisque dans ce cas, effectivement, l'époux n'avait pas connaissance de la maladie et ne pouvait s'être engagé. Cette même Cour avait toutefois accepté d'accorder une pension alimentaire à un conjoint dont la maladie était apparue lors du mariage et écarté la nécessité de prouver que la maladie était la conséquence du mariage pour obtenir une pension alimentaire<sup>1199</sup>. Elle avait ainsi octroyé, dès 1986, une pension alimentaire à une épouse souffrant d'une rétinite pigmentaire, maladie qui devait à plus ou moins long terme l'empêcher de travailler<sup>1200</sup>. Le versement d'une pension alimentaire pouvait alors se justifier par la dépendance du conjoint pendant le mariage et apparaître comme une conséquence du divorce et de la disparition du devoir de secours par la dissolution du mariage. L'époux qui était tombé malade avant ou pendant le mariage, pouvait donc prétendre à une pension alimentaire. Ce n'était en revanche pas le cas si la maladie était apparue après le divorce, à moins de prouver que cette maladie avait un lien avec le mariage et était la conséquence de celui-ci. Cette nécessité du lien de causalité n'était pas sans rappeler la Trilogie sur laquelle se fondaient d'ailleurs de nombreuses situations et la survenance d'une maladie sans lien avec le mariage ne pouvait entraîner l'octroi ou l'augmentation d'une pension alimentaire déjà existante.

---

<sup>1196</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320

<sup>1197</sup> Voir Pinard Elisabeth, « La maladie du conjoint et la pension alimentaire », dans *Développements récents en droit familial*, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 175 et s.

<sup>1198</sup> *Droit de la famille – 803*, [1990] R.J.Q. 957

<sup>1199</sup> Pinard Elisabeth, *op. cit.*, p. 187.

<sup>1200</sup> *Droit de la famille – 1051* [1986] R.D.F. 557.

**643.** Ces décisions n'étaient toutefois encore que minoritaires et ce fut la décision de la Cour suprême *Bracklow c. Bracklow*<sup>1201</sup> qui établit le principe d'un fondement non compensatoire de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints. M. et Mme Bracklow commencèrent à vivre ensemble en 1985 puis se marièrent en 1989. Ils n'eurent pas d'enfant ensemble. Au début de la vie commune, Mme Bracklow travaillait et avait un revenu supérieur à celui de son conjoint ce qui lui permettait de subvenir aux deux tiers des besoins du ménage. En 1987, M. Bracklow considérant que le salaire de sa conjointe la rendait trop indépendante, décida, en accord avec celle-ci, qu'il subviendrait, malgré ses revenus moins importants, à la moitié des charges du ménage. Après le mariage, madame quitta son emploi dans l'objectif d'en trouver un autre. Pendant cette période, M. Bracklow acquittait l'intégralité des charges du mariage. La santé de Mme Bracklow se dégrada alors progressivement. Si dès 1985, elle avait des problèmes de santé, l'année 1991 fut marquée par son hospitalisation pour troubles mentaux. A partir de cette hospitalisation, Mme Bracklow cessa toute activité professionnelle et il semble certain qu'elle ne pourra retrouver un nouvel emploi. Les époux se sont séparés en 1992 et le divorce a été prononcé en 1995. Depuis la séparation, Mme Bracklow percevait une pension versée par son conjoint ainsi que des prestations d'invalidité. Madame Bracklow demandait à ce que son ex-époux lui verse une pension alimentaire en raison de dépendance économique due à sa maladie jusqu'à ses 65 ans.

**644.** Dans cette affaire, l'état de besoin dans lequel se trouvait Mme Bracklow n'était pas une conséquence du mariage ou de l'organisation choisie par les conjoints et Mme Bracklow avait même pendant tout une période de la vie commune contribué plus que son mari aux charges du ménage. De plus ses problèmes de santé existaient dès 1985 et ne pouvaient être la conséquence de la vie commune. Enfin, le mariage avait été de courte durée. Aucun élément ne permettait donc de lui octroyer une pension alimentaire sur un fondement indemnitaire et compensatoire.

**645.** Le Juge de première instance<sup>1202</sup> considéra que Madame Bracklow n'éprouvait aucune difficulté économique résultant du mariage ou de sa rupture. Il n'existait aucun accord entre les parties et le mariage ayant été d'une courte durée le juge considérait que Mme Bracklow serait exactement dans la même situation économique si elle n'avait pas été mariée.

---

<sup>1201</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320

<sup>1202</sup> *Bracklow c. Bracklow*, (1995) 13 R.F.L. (4<sup>th</sup>) 184, [1995] B.C.J. N°457 (Cour supérieure de la Colombie Britannique)

Il ne voyait donc pas de raison de lui accorder une pension alimentaire. Toutefois, M. Bracklow l'ayant lui-même suggéré, une telle pension est octroyée à Mme Bracklow, pension temporaire jusqu'à septembre 1996. A ce stade de la procédure ce n'est donc pas une volonté d'équité et le possible fondement non-compensatoire de l'obligation alimentaire qui a amené le juge à octroyer une pension alimentaire à l'ex-conjointe mais, bien plus, l'accord de son ex-époux.

**646.** L'épouse fit appel de cette décision et la Cour d'appel de la Colombie britannique<sup>1203</sup> refusa d'attribuer toute pension au motif qu'il ne s'agissait pas d'un mariage traditionnel pouvant avoir pour conséquence l'octroi d'une pension alimentaire compensatoire comme cela fut le cas dans *Moge*. L'absence de dépendance économique de Mme Bracklow envers son mari avait donc pour conséquence de lui refuser l'octroi d'une pension alimentaire.

**647.** L'affaire fut portée devant la Cour suprême qui, sous la plume de la Juge McLachlin, ordonna le versement d'une telle pension alimentaire. La Cour considéra en effet que l'obligation alimentaire entre ex-époux pouvait avoir trois fondements différents : un fondement contractuel, un fondement compensatoire et un fondement non compensatoire. Ces trois fondements, qu'elle a considéré comme liés, découlent de la jurisprudence, des dispositions législatives mais aussi de la philosophie même de la pension alimentaire post-divorce canadienne.

**648.** Selon la Juge McLachlin, si le législateur a prévu tant une obligation alimentaire contractuelle parmi les facteurs devant être pris en compte par le juge qu'une obligation alimentaire compensatoire pour indemniser l'époux qui subit des préjudices économiques des choix faits pendant le mariage, il n'en a pas pour autant abandonné toute possibilité d'une obligation alimentaire non compensatoire. Une telle obligation alimentaire basée sur les besoins et ressources des parties a toujours existé et elle était même le seul type d'obligation alimentaire existant antérieurement. Une telle obligation, selon la Juge, existerait toujours. Le législateur y ferait référence tant en prévoyant comme facteur devant être pris en compte par le juge les besoins et les ressources des parties qu'en instaurant l'objectif de remédier aux difficultés économiques causées par l'échec du mariage.

**649.** Deux modèles de mariage peuvent alors être envisagés. Le premier fondé sur l'indépendance de chacun des époux aurait pour conséquence la rupture nette et le versement

---

<sup>1203</sup> *Bracklow c. Bracklow*, (1997) 30 R.F.L. (4th) 313, [1997] B.C.J. N°1376.

d'une pension alimentaire compensatoire dans le cas où l'un des époux souffrirait plus particulièrement des conséquences des choix faits pendant le mariage. Le second type de mariage serait marqué par l'interdépendance existant entre les époux, l'un étant financièrement dépendant de l'autre. Pendant le mariage, l'époux dépendant bénéficie de l'obligation alimentaire de son conjoint, mais lorsque le divorce est prononcé cette obligation alimentaire disparaît. C'est alors qu'intervient selon la Juge McLachlin le « modèle de l'« obligation sociale fondamentale » en vertu duquel c'est à l'ex-époux, et non pas au gouvernement, qu'il incombe principalement de subvenir aux besoins de son ex-conjoint ». Dans ce modèle serait issu de la théorie selon laquelle le mariage serait potentiellement permanent. Avec ce modèle le versement des aliments aurait pour but de remplacer le revenu que le conjoint dans le besoin recevait pendant le mariage à titre de partenaire de l'union conjugale. Ce modèle serait à l'origine de la pension alimentaire non compensatoire.

**650.** L'obligation alimentaire non compensatoire permet de reconnaître les relations très entremêlées qui ont pu se créer entre les conjoints pendant l'union et le fait qu'il peut être parfois très difficile pour certains conjoints de ne plus dépendre de l'autre et de devenir indépendant économiquement. C'est d'ailleurs plus particulièrement dans ce cas que sera envisagée une telle obligation alimentaire et M. Pineau et Mme Pratte parlent même d'objectif thérapeutique<sup>1204</sup>.

**651.** Toutefois si une telle obligation alimentaire existe après le divorce, les juges ont la possibilité de la limiter par le biais de la fixation du quantum de la pension alimentaire. Ils ont ainsi toute discrétion en la matière. Le juge du fond, à qui l'affaire *Bracklow* avait été renvoyé après la décision de la Cour suprême<sup>1205</sup>, considérant que la cohabitation d'une durée de sept ans était relativement brève et que la vie du couple avait été marquée par une alternance de période d'indépendance et d'interdépendance économique entre les époux Bracklow, accorda une pension alimentaire d'un montant de 400 \$ pendant cinq ans à Mme Bracklow, la pension cessant après cette période.

**652.** La décision *Bracklow* et en particulier la référence à la fois au troisième objectif de la loi sur le divorce, soit favoriser l'indépendance économique, et à la nécessaire recherche par le juge des ressources et des besoins des conjoints, peut en réalité amener à

---

<sup>1204</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis 2006, n°304, p. 408.

<sup>1205</sup> *Bracklow c. Bracklow*, (1999) B.C.J. n°3078, voir Goubau Dominique, « L'affaire *Bracklow* : suite et fin », *Collection du juriste*, Ed. Farnham Publication, CCH, 2000, p. 1.

deux interprétations différentes en ce qui concerne le fondement de la pension alimentaire non compensatoire.

**653.** Le premier fondement auquel il est possible de penser, et contrairement à la dénomination même retenue par la Cour suprême, est un fondement compensatoire. C'est ainsi que le Professeur Goubau considère que l'obligation alimentaire non compensatoire a pour objectif de compenser les désagréments économiques nés du divorce et, pour l'époux malade ou âgé, la disparition du devoir de secours au prononcé du divorce<sup>1206</sup>. L'obligation alimentaire non compensatoire aurait alors tout simplement pour rôle de parer et de compenser cette disparition. Selon M. Goubau tous les objectifs de la loi sur le divorce auraient un fondement compensatoire et il s'agirait alors de compenser tant les conséquences du mariage et des choix faits par les époux que les simples conséquences économiques découlant du divorce lui-même sans que ses conséquences n'aient aucun lien avec l'organisation du mariage.

**654.** Cette analyse compensatoire de la pension alimentaire non compensatoire n'est alors pas sans rappeler l'analyse faite par les auteurs français à propos de l'ancienne pension alimentaire de l'article 301 du Code civil<sup>1207</sup>. En effet l'octroi d'une pension alimentaire post-divorce avait alors pour objectif de compenser la disparition du devoir de secours à la suite du divorce et de réparer les inconvénients économiques nés de cette disparition. Mais alors que cet octroi était la conséquence de la faute de l'époux débiteur, la pension alimentaire non compensatoire est, pour sa part, octroyée en dehors de toute faute et apparaît comme la simple conséquence de la disparition du mariage. Il s'agirait alors plus, en l'occurrence, d'une responsabilité sans faute fondée sur le seul fait que les époux aient été mariés et que l'un à la suite du divorce se retrouve sans ressources en raison d'une maladie ou d'un âge avancé.

**655.** La seconde analyse possible serait issue de la prise en compte des seuls éléments des moyens et des ressources et serait alors un fondement purement alimentaire. Ainsi, comme nous le précise Mme Davies<sup>1208</sup>, le fondement de la pension alimentaire non compensatoire serait, de même que pour l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants, l'état de besoin du créancier. L'idée de compensation disparaîtrait alors totalement et la seule preuve de l'état de besoin du créancier serait nécessaire sans

---

<sup>1206</sup> Goubau Dominique, « The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada », 18 *C.F.L.Q.* 333.

<sup>1207</sup> Voir n°117.

<sup>1208</sup> Davies Christine, « Spousal Support Under the *Divorce Act* : From *Moge* to *Bracklow* », 44 *R.F.L.* (4<sup>th</sup>) 61.



s'interroger sur le fait qu'il soit ou non la conséquence de la dissolution du mariage. Ce fondement nous semble également bien correspondre à l'idée de Mme McLachlin selon laquelle il revient aujourd'hui à l'ex-conjoint et non pas à l'Etat de subvenir aux besoins de l'ex-époux. La solidarité étatique, qui aujourd'hui et pour des raisons économiques se trouve limitée, se doit donc d'être remplacée par la solidarité familiale et la pension alimentaire post-divorce ne serait alors qu'une des applications pratiques de celle-ci, de même que l'obligation existant entre ascendants et descendants. Cette solidarité est détachée de toute idée compensatoire mais est, plus certainement, issue de l'idée d'équité selon laquelle on ne peut laisser quelqu'un sans ressource. Il en est alors de même de ses émanations et de la pension alimentaire non compensatoire qui est l'application de cette solidarité familiale entre ex-époux.

**656.** Cette vision purement alimentaire de la l'obligation alimentaire post-divorce non compensatoire fondée sur l'état de besoin semble plus généralement adoptée dans les provinces anglophones qu'au Québec. En effet, au Québec, la politique en matière d'obligation alimentaire est de limiter le cercle des personnes tenues par celle-ci et le législateur québécois a aboli, en 1996<sup>1209</sup>, l'obligation alimentaire existant entre les petits-enfants et les grands-parents limitant ainsi l'obligation alimentaire entre parents en ligne directe au premier degré. Il semble alors paradoxal dans cette province où on limite l'obligation ayant un pur fondement alimentaire à un cercle familial restreint que l'on ouvre, à l'opposé, une telle obligation à des ex-époux n'ayant plus de relations familiales et affectives. La théorie de M. Goubau cherchant alors à trouver un fondement compensatoire à cette pension alimentaire, paraît pleinement justifiée. Elle l'est d'autant plus qu'elle permet de limiter le domaine d'application de cette pension alimentaire non compensatoire. Ainsi, si l'on considère que le seul besoin d'un des conjoints nécessite l'octroi de cette pension l'application de celle-ci pourra être très large. En revanche, avec le fondement compensatoire de cette pension, un certain lien de causalité entre l'état de besoin et la disparition du mariage devra être prouvé et pourra, dans une certaine mesure, limiter le champ d'application de cette pension. La jurisprudence dispose donc d'une grande liberté en la matière et pourra soit adopter une théorie soit l'autre. Cette liberté est, de plus, renforcée par le fait que si la Cour suprême pose le principe d'une obligation alimentaire non compensatoire, elle ne donne pas de précision quant à la mise en œuvre de celle-ci.

---

<sup>1209</sup> L.Q. 1996, c. 28, art. 2.

**657.** La décision *Bracklow* fut accueillie froidement par l'opinion publique et est apparue comme permettant le versement d'une pension alimentaire entre époux à vie. M. Sansfaçon y voyait ainsi la reconnaissance d'un mariage à vie et une façon d'en détourner les jeunes générations<sup>1210</sup>. De même, ainsi que nous le rapporte Mme Malboeuf<sup>1211</sup>, pour l'association des secondes épouses, cette décision allait obliger les femmes à payer à vie pour les premières épouses de leur mari, ces dernières s'organisant pour ne pas se remarier ou vivre en concubinage. L'opinion publique ne fut toutefois pas la seule à l'accueillir avec circonspection et la doctrine, qui attendait une telle décision avec impatience, fut aussi très critique. M. Wolfson<sup>1212</sup> vit dans cette décision une opportunité perdue de régler de façon claire tant le fondement que les conditions d'octroi d'une pension alimentaire post-divorce non compensatoire.

**658.** L'arrêt *Bracklow* a eu un intérêt fondamental en reconnaissant explicitement l'existence d'une pension alimentaire non compensatoire. Il est souvent cité dans la jurisprudence comme une décision de référence en matière de pension alimentaire post-divorce<sup>1213</sup>, en particulier afin de démontrer que le fondement compensatoire n'est plus le seul possible. Il est alors certain qu'il peut être perçu de façon favorable par les conjoints dans le besoin. Toutefois, avec le pouvoir discrétionnaire important reconnu aux juges, les décisions subséquentes à *Bracklow* sont loin d'être marquées par l'homogénéité, ce qui, nous le verrons, n'est pas sans poser des problèmes.

**659.** La décision *Bracklow* a non seulement marqué la reconnaissance expresse par la Cour suprême de l'obligation alimentaire non compensatoire mais elle a aussi permis à la Juge McLachlin d'exposer les différents fondements de l'obligation alimentaire entre ex-époux et leur assise légale. Outre les fondements compensatoire et non compensatoire, elle s'est intéressée au troisième fondement : le fondement contractuel.

---

<sup>1210</sup> Sansfaçon Jean-Robert, « Mariage à vie », *Le devoir*, Editorial, Samedi 27 mars 1999 A12

<sup>1211</sup> Malboeuf Marie-Claude, « La pension alimentaire, c'est pour la vie », *La Presse* 26 mars 1999 A4.

<sup>1212</sup> Wolfson Lorne H., "Bracklow: An Opportunity Lost", [1999] 14 *Money and Family Law* 41.

<sup>1213</sup> Rogerson Carol, *op. cit.* p. 220.

### 3. *Le fondement contractuel*

**660.** Le législateur canadien oblige les avocats à discuter avec leur client de l'opportunité de négocier les points pouvant faire l'objet, entre autres, d'une ordonnance alimentaire<sup>1214</sup> et les conventions prévoyant des pensions alimentaires entre ex-époux sont donc fréquentes. Il existe ainsi un troisième fondement à l'obligation alimentaire entre ex-époux : un fondement contractuel<sup>1215</sup>. Ce fondement tire alors plus spécifiquement sa base légale de l'article 15.2(4) selon lequel le juge doit entre autres prendre en considération lorsqu'il rend donc ordonnance alimentaire : « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ».

**661.** On reconnaît donc aujourd'hui trois fondements à l'obligation alimentaire entre ex-conjoints au Canada : un fondement compensatoire, un fondement non-compensatoire (qui serait un pur fondement alimentaire) et un fondement contractuel. En France, l'équivalent de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints serait la prestation compensatoire et, à l'instar de son homologue canadien, cette dernière n'a pas un seul et unique fondement.

## § 2. UNE PRESTATION COMPENSATOIRE FRANÇAISE AVEC UN FONDEMENT DOUBLE

**662.** Le législateur a tiré les leçons du droit antérieur à 1975 pour créer une nouvelle prestation : la prestation compensatoire. Au sein de l'Europe, la France est alors un des seuls pays à n'avoir pas conservé la pension alimentaire entre ex-conjoint<sup>1216</sup>. Le législateur souhaitait en effet faire table rase du passé et voulait une prestation compensatoire simple et unitaire. Celle-ci fut toutefois interprétée selon le droit ancien et acquit un fondement mixte (A), le caractère alimentaire réapparaissant. En droit communautaire, elle est même considérée, dans un objectif fonctionnel, comme une pension alimentaire<sup>1217</sup>. Face à ces interprétations, des nouvelles réformes législatives sont intervenues et à cette prestation compensatoire unique se sont substitués deux types de prestations compensatoires chacune issue d'un fondement différent (B).

---

<sup>1214</sup> Art. 9 de la *Loi sur le divorce*.

<sup>1215</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320, n°28.

<sup>1216</sup> Francoz Terminal Laurence, « Les conséquences du divorce en droit comparé », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°20

<sup>1217</sup> Cour de Justice des Communautés Européennes, 6 mars 1980, aff. C-120/79, Arrêt Cavel, voir Molière Aurélien, « Les compensations entre époux – Aperçu comparatif de la pension alimentaire et de la prestation compensatoire », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°25.

## A. L'apparition d'une prestation compensatoire unique avec un fondement mixte

**663.** Avant 1975, le droit français du divorce connaissait une possibilité de pension alimentaire fondée sur la faute. L'ancien article 301 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoyait ainsi que :

« Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire ».

**664.** Cette pension alimentaire était traditionnellement considérée comme étant de fondement indemnitaire et de caractère alimentaire<sup>1218</sup>. Cette pension alimentaire n'était pas demandée ni accordée dans tous les cas où il aurait été possible de la verser et souvent son montant était peu élevé<sup>1219</sup>. Elle contribuait de plus à dramatiser le divorce, en apparaissant pour certaines ex-conjointes comme un moyen de vengeance contre l'époux qui avait commis une faute. Cette dramatisation se retrouvait également quand de nombreux époux refusaient de s'acquitter de leur obligation et lorsque que des épouses ayant dédaigné de se faire payer une pension, se retrouvaient en raison des fluctuations monétaires quelques années plus tard dans le besoin et ne pouvaient plus rien demander à leur ex-conjoint. De plus, un abondant contentieux post-divorce existait avec cette pension alimentaire et des époux harcelaient judiciairement leur conjoint en demandant constamment des révisions de la pension<sup>1220</sup>.

**665.** Face à cette pension alimentaire, qui avait alors mauvaise presse auprès de l'opinion publique et était très critiquée dans la doctrine juridique<sup>1221</sup> et afin d'éviter les inconvénients de cette pension<sup>1222</sup>, le législateur de 1975 décida d'adopter une nouvelle

---

<sup>1218</sup> Eismen Paul, « Le double visage et les singularités de la pension après divorce », *D.* 1953 chronique p. 67, Pierron J., « La nature juridique de la pension alimentaire allouée en cas de divorce », *JCP G.* 1950 I 862, Ripert Georges, « Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce », *D.* 1927 chronique p. 53. Voir également Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, le couple*, 21<sup>ème</sup> éd., PUF, 2002, p. 620, Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°790 p. 324.

<sup>1219</sup> Voir Carbonnier Jean, *op. cit.*, p. 619.

<sup>1220</sup> Vidalès Alain, *Rapport n°2114 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*, Rapport rendu le 26 janvier 2000 et trouvé sur <http://www.assemblee-nationale.fr/rapports/r2114.asp>

<sup>1221</sup> Voir Groslière Jean-Claude, *La réforme du divorce, Loi du 11 juillet 1975 et décret d'application du 5 décembre 1975*, Ed. Sirey, 1976, p. 143.

<sup>1222</sup> Voir ainsi les motifs du Garde des Sceaux Jean Lecanuet dans le *Projet de Loi portant réforme du divorce*, N°1560, Assemblée Nationale, 1974-1975, p. 6. Voir également Donnez Georges, *Rapport fait au nom de la*

institution : la prestation compensatoire<sup>1223</sup>. Tout en laissant une grande liberté aux époux de divorcer, cette prestation répondait alors à la volonté du législateur de faire en sorte que ce divorce ne se double pas d'une trop grande difficulté à vivre pour l'un des époux<sup>1224</sup>. Avec cette nouvelle prestation, le législateur suivait aussi les deux objectifs de la grande réforme de 1975 : la pacification du divorce et donc l'intervention au minimum de la faute dans les conséquences du divorce et, en particulier, dans les conditions d'attribution de la prestation compensatoire, et la concentration des effets du divorce dans une période courte après le prononcé de celui-ci<sup>1225</sup>. La nouvelle prestation compensatoire pouvait être versée à l'un des deux époux dans tous les types de divorces, à l'exception du divorce pour rupture de la vie commune et, contrairement à l'ancienne pension alimentaire, la faute du conjoint demandeur ne devait pas être prise en compte. Toutefois, dans un objectif de justice, et parce que l'opinion publique ne l'aurait certainement pas accepté, cette prestation ne pouvait pas être versée à un époux aux torts exclusifs duquel le divorce était prononcé<sup>1226</sup>. Mais, bien que la faute puisse intervenir pour interdire l'octroi d'une prestation compensatoire, elle n'était pas une cause d'octroi de la prestation et le versement de la prestation n'est plus une sanction pour l'époux fautif comme cela était le cas antérieurement.

**666.** En déterminant le versement sous forme de capital comme principe pour le versement de la prestation compensatoire, le législateur souhaitait respecter son objectif de limiter les effets du divorce au jour de son prononcé. Le législateur avec cette nouvelle prestation marqua alors bien sa volonté de détacher la prestation compensatoire de l'ancienne pension alimentaire<sup>1227</sup> et la question de la nature de cette nouvelle institution s'est alors posée.

**667.** Le fondement de cette prestation semblait donc clairement compensatoire. Cela découlait, tout d'abord, de sa dénomination et en adoptant le vocable de « prestation compensatoire » le législateur avait voulu se démarquer de l'ancienne pension alimentaire de

---

*Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'administration générale sur le projet de Loi portant réforme du divorce*, N°1681, Assemblée Nationale, 1974-1975, p. 60.

<sup>1223</sup> Articles 270 et s. du Code civil.

<sup>1224</sup> Roujou de Boubée Marie-Eve, « Une institution qui se veut nouvelle : la prestation compensatoire après divorce », dans *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 977.

<sup>1225</sup> Carbonnier Jean, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975 chronique p. 115, p. 120.

<sup>1226</sup> Voir Carbonnier Jean, *op.cit.*, p. 120.

<sup>1227</sup> Lindon Raymond et Bénabent Alain, « Prestation compensatoire et pension alimentaire », *JCP G.* 1986 I 3234

l'article 301<sup>1228</sup>. Les dispositions relatives à cette prestation compensatoire retenaient également ce fondement indemnitaire et l'article 270 du Code civil disposait ainsi en 1975 que :

« Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ».

**668.** La prestation compensatoire avait pour objectif de compenser les disparités créées par le divorce dans les conditions de vie des époux<sup>1229</sup>. Il ne s'agissait alors plus, comme sous l'empire de l'ancienne pension alimentaire de l'article 301 du Code civil, d'un fondement indemnitaire issu de la faute de l'un des conjoints mais plutôt d'une responsabilité pour cause objective<sup>1230</sup>, sans faute de l'un des conjoints, en raison des disparités économiques existant au moment du divorce<sup>1231</sup>. La prestation compensatoire, de plus, n'avait plus pour objectif de faire vivre le créancier et d'être une sorte de « rente de situation permettant dans tous les cas à l'époux de continuer à profiter de la fortune d'un conjoint fortuné »<sup>1232</sup>. Cette prestation pouvait être bien plus considérée comme une mesure d'équité créée pour compenser les déséquilibres créés par le divorce<sup>1233</sup>. Selon M. Bénabent elle avait ainsi un « pur fondement d'équité »<sup>1234</sup>.

**669.** Mais si ce fondement paraissait être avant tout indemnitaire, la Cour de cassation ne s'en tenait toutefois pas à ce seul fondement. Dans la lignée de sa jurisprudence ancienne, elle considérait que cette prestation compensatoire avait un fondement mixte : à la

---

<sup>1228</sup> Pour une critique du terme prestation compensatoire voir Floriot René, *La réforme du divorce*, Flammarion, 1975, p. 130.

<sup>1229</sup> Voir Cornu, *Droit civil, La famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006, n°409, p. 605 et s.

<sup>1230</sup> Deslaugiers-Wlache Catherine et Moscara Charles, « La révision de la prestation compensatoire » dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, thèmes et commentaires, Ed. Dalloz, 1997, p. 139, p. 140, voir également Fin-Langer Laurence, « La réforme de la prestation compensatoire », *RD sanit. Soc.* 36 (4), oct.-déc. 2000 p. 815.

<sup>1231</sup> Voir de Poulpique Jeanne, « Les prestations compensatoires après divorce », *JCP G.* 1977 I 2856, Guay Hélène, « Etudes comparatives en droit civil français et québécois de la notion de prestation compensatoire dans le cadre des régimes matrimoniaux », (1986) 89 *R. du N.* 1, p. 12 et s., Huet-Weiller Danielle, « Chapter 11, La survivance d'obligations pécuniaires entre époux dans le droit français du divorce », dans *Famille, Etat et sécurité économique*, sous la direction de Meulders-Klein Marie-Thérèse et Eekelaar John, Ed. Kluwer, 1985.

<sup>1232</sup> Voir Courcelle Sylvaine, « La prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1998 I, chronique p. 366.

<sup>1233</sup> Lucas Léopold, « L'implication financière majeure : la prestation compensatoire », dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, thèmes et commentaires, Ed. Dalloz, 1997, p. 107, p. 109, voir également Fehrenbach Karine, « Vocation alimentaire des époux et prestation compensatoire », *Petites affiches*, n°24, 2 février 2001, p. 5.

<sup>1234</sup> Fondement qu'elle aurait toujours selon lui, voir Bénabent Alain, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2012, n°563 p. 260.

fois indemnitaire et alimentaire<sup>1235</sup>. C'est à l'occasion d'affaires soulevant le problème du caractère saisissable ou non de la prestation compensatoire que s'est posée la question de la nature de la prestation compensatoire devant la Cour de cassation. Ainsi, si la prestation compensatoire avait été considérée comme purement indemnitaire, elle aurait été librement saisissable par les tiers, en revanche si elle était considérée comme ayant une nature alimentaire, elle serait alors insaisissable par ces mêmes tiers créanciers.

**670.** Une des premières décisions à avoir à trancher de la question de la nature de la prestation compensatoire fut une décision de la 2<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 27 juin 1985<sup>1236</sup>. Dans cette affaire, les époux avaient divorcé et l'époux devait verser une prestation compensatoire à sa conjointe. Le divorce prononcé, s'était posé le problème du paiement de l'impôt foncier sur un immeuble commun. Cette dette fiscale, solidaire aux deux époux, fut réglée par le mari qui s'est ensuite retourné contre son ex-conjointe. Celle-ci refusa de payer et le mari opéra une saisie-arrêt sur la prestation compensatoire dont il était débiteur. La Cour d'appel annula la saisie-arrêt. La Cour de cassation confirma la décision et considéra que les juges d'appel avaient eu raison de considérer que « si la prestation compensatoire présentait un caractère indemnitaire, elle présentait aussi un caractère alimentaire » et qu'ils avaient fait application de 2092-2 du Code civil<sup>1237</sup> qui rendaient alors insaisissables les « provisions, sommes et pensions à caractère alimentaires ». La Cour de cassation consacra ainsi la double nature alimentaire et indemnitaire et fit alors réapparaître le doute qui avait dominé toute l'existence de la pension alimentaire de l'ancien article 301.

**671.** Après cette décision de 1985, différents arrêts de la Cour de cassation sont également allés dans le sens de la reconnaissance du caractère mixte de la prestation compensatoire. L'admission du caractère alimentaire de la prestation compensatoire et dès 1985 de l'insaisissabilité de cette prestation compensatoire, a ainsi eu pour conséquence de refuser la compensation entre une dette due par le créancier d'une prestation compensatoire au débiteur de celle-ci avec cette prestation<sup>1238</sup>. L'interdiction de toute saisie et de toute

---

<sup>1235</sup> Voir Fortis Elisabeth, « Divorce (2<sup>o</sup> conséquences) », *Répertoire civil Dalloz*, 2003, p. 26, voir également Eudier Frédérique, *Droit de la famille*, Ed. Armand Colin, Collection Compact, 2003, n°257.

<sup>1236</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 juin 1985, *D.* 1986, p. 230, n. Philippe Catherine, voir également les remarques de Jacqueline Rubellin-Devichi, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTDCiv.* 1987 p. 298.

<sup>1237</sup> Cet article fut abrogé par la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et est désormais intégré dans l'article 14 de cette même loi.

<sup>1238</sup> Voir Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 1997, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 octobre 1997 et Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 décembre 1998, *Dr. Fam.* 2001, H.S. p. 120 et s., n. Lécuyer Hervé ; pour la décision du 9 juillet 1997 voir également la note de Pataut Etienne, *JCP G II* 10033, et Yamba Germain, *D.* 1998, p. 544.

compensation était d'autant plus forte que la Cour de cassation tout en constatant le caractère hybride de la prestation compensatoire interdisait la compensation ou la saisie sur l'intégralité du montant de cette prestation. Alors que l'on avait pu penser que la jurisprudence pourrait opérer une ventilation entre la partie alimentaire et indemnitaire de la prestation<sup>1239</sup>, il n'en fut rien<sup>1240</sup>. Le fondement alimentaire qui avait été rejeté par le législateur de 1975 semblait alors dépasser le fondement indemnitaire.

**672.** Différents facteurs pouvaient expliquer le caractère mixte reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation. Un des premiers éléments en faveur du fondement alimentaire était que, pour fixer le montant de la prestation compensatoire, le juge devait prendre en considération les besoins du demandeur de la prestation et les ressources de son conjoint<sup>1241</sup>. Ce mode de fixation n'était pas alors sans rappeler celui de la pension alimentaire<sup>1242</sup>. Toutefois, il est nécessaire de nuancer cette prédominance des besoins et des ressources car ceux-ci devaient être envisagés, dans le cadre de la prestation compensatoire, au regard de différents autres éléments tels que le temps consacré ou qui devra encore être consacré à l'éducation des enfants. Le fondement alimentaire ne paraissait donc pas pouvoir être tiré des seuls facteurs devant être pris en considération par les tribunaux.

**673.** Un second élément allant dans le sens de la reconnaissance du fondement alimentaire de la prestation compensatoire était le fait que le législateur ait prévu que le défaut de versement de la prestation compensatoire pouvait être considéré comme un abandon de famille<sup>1243</sup>. Cette extension de l'abandon de famille à la prestation compensatoire renforçait bien cette vision alimentaire de la prestation.

**674.** Mais, plus encore, un des facteurs essentiels à avoir joué en faveur de la vision alimentaire de la prestation compensatoire était la possibilité donnée par la loi au juge

---

<sup>1239</sup> Voir Sériaux Alain, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTDCiv.* 1997, n°1 p. 53, et plus particulièrement p. 57.

<sup>1240</sup> Voir plus particulièrement Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 décembre 1998, *op. cit.*

<sup>1241</sup> Ancien art. 272 du Code civil et nouvel article 271. M. Foyer s'était d'ailleurs opposé à l'adoption de ce texte selon lequel la prestation est fixée en fonction des besoins de l'époux auquel elle est versée et des ressources de l'autre. Il considérait que cela créerait une confusion entre l'ancienne pension alimentaire et la nouvelle prestation compensatoire, voir Donnez Georges, *Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'administration générale sur le projet de Loi portant réforme du divorce*, N°1681, Assemblée Nationale, 1974-1975, p. 73.

<sup>1242</sup> Bosquet-Denis Jean, « Réflexions sur la distinction de « l'alimentaire » et de « l'indemnitaire », *JCP G.* 1981 I 3010.

<sup>1243</sup> Art. 227-3 C. pén.



d'accorder cette prestation sous forme de rente. Alors que cette forme de versement n'aurait dû intervenir que de façon exceptionnelle, le législateur souhaitant privilégier le règlement rapide des conséquences du divorce et instaurant donc comme principe le versement sous forme de capital, les juges accordèrent une majorité de prestations compensatoires sous forme de rente<sup>1244</sup>. Ainsi, d'après des statistiques, la prestation compensatoire lorsqu'elle était accordée l'était dans 60,8% des cas sous forme de rente contre 20,1% sous forme de capital, les autres cas étant des prestations dites mixtes<sup>1245</sup>. Différentes raisons expliquaient cette importance de la rente face au capital. La première tenait à la situation économique, les conjoints avaient rarement les moyens de payer un capital élevé au moment du divorce et que les paiements sous forme de rente paraissaient plus adaptés. La seconde résultait du fait que la législation fiscale favorisait le paiement sous forme de rente au détriment du paiement sous forme de capital. La loi de 1975 ne permettait en effet pas de déduction fiscale pour la prestation compensatoire versée sous forme de capital et seules les rentes viagères ou temporaires pouvaient donner lieu à une déduction du revenu fiscal du débiteur<sup>1246</sup>. La rente était donc le mode de paiement de la prestation compensatoire le plus adapté et n'était alors pas sans rappeler l'ancienne pension alimentaire.

**675.** Jusqu'à la réforme du 30 juin 2000, la prestation compensatoire semblait avoir un fondement mixte à la fois alimentaire et indemnitaire. Mais aujourd'hui ce fondement mixte de la prestation compensatoire persiste-t'il et doit-il persister ? Qu'ont apporté les nouvelles lois de 2000 et de 2004 en la matière ?

## **B. La reconnaissance de deux prestations compensatoires avec des fondements différents**

**676.** Le législateur avec les deux réformes de 2000<sup>1247</sup> et de 2004<sup>1248</sup> a souhaité mettre un terme à la jurisprudence qui octroyait largement la prestation compensatoire sous

---

<sup>1244</sup> Voir Michaux P., « La prestation compensatoire, le législateur et le juge », *Gaz. Pal.* 1987 I Doctrine p. 173 ; Bedou-Cabau Marie-Dominique, « La dérive économique », dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, Thèmes et commentaires, Ed. Dalloz, 1997, p. 118.

<sup>1245</sup> Belmokhtar Zakia, *Les divorces en 1996, Une analyse statistique des jugements prononcés*, Etudes et statistiques justice, Ministère de la Justice, 1999, p. 69.

<sup>1246</sup> Voir Guyot Claude et Jeanson Georges, *Prestations compensatoires, Premières application de la Loi du 30 juin 2000*, Dalloz, 2002, n°223.

<sup>1247</sup> *Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 sur la prestation compensatoire en matière de divorce*, des commentaires de la loi voir, entre autres, Massip Jacques, « La réforme des prestations compensatoires après divorce, commentaires de la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 », 1<sup>ère</sup> partie aux *Petites affiches*, 16 janvier 2001, n°11 p. 4, 2<sup>ème</sup> partie aux *Petites Affiches*, n°12, 17 janvier 2001, p. 7 ; Lécuyer Hervé, « La loi n°2000-596 du 30 juin 2000

forme de rente<sup>1249</sup> et en particulier à tous les problèmes et les injustices qui s'étaient créés en raison de la crise économique, d'une part, et des conditions très strictes de modifications du montant de la prestation, d'autre part. Tout en se limitant théoriquement à de pures modifications techniques, il nous apparaît qu'avec ces deux nouvelles lois, le législateur a fait évoluer le fondement de la prestation compensatoire et, pour être tout à fait complet, qu'il a véritablement dédoublé ce fondement et cette prestation<sup>1250</sup> et créé deux types de prestations compensatoires : une prestation compensatoire au sens propre du terme (1) et une prestation compensatoire « alimentaire » (2). Toutefois, malgré ces deux types de prestations compensatoires qui paraissent bien avoir des fondements déterminés, la Cour de cassation persiste dans sa jurisprudence traditionnelle à reconnaître deux fondements pour une seule prestation compensatoire (3).

### 1. Une véritable prestation compensatoire

**677.** Le premier modèle adopté par le législateur est celui de la prestation compensatoire versée sous forme de capital. Ce modèle est celui de principe. Le capital est fixé de manière définitive, son montant ne peut être révisé et seules les modalités de paiement peuvent être modifiées. Ce capital peut être fractionné et son paiement échelonné sur une durée de huit ans<sup>1251</sup>. Ce fractionnement n'est alors pas sans rappeler les rentes temporaires qui étaient prévues selon les dispositions de l'ancien article 276-1 alinéa 1<sup>er</sup><sup>1252</sup> abrogé par la Loi du 30 juin 2000<sup>1253</sup>. Certains ont alors pu parler de « capital renté »<sup>1254</sup>, maintenant ainsi l'incertitude quant au fondement de cette prestation compensatoire fixée sous forme de capital. Cette expression rapproche en effet ce type de prestation compensatoire versée sous

---

relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Etude de droit civil », *Dr. fam.* septembre 2000, p. 4.

<sup>1248</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce.

<sup>1249</sup> Voir Bedou-Cabau Marie Dominique, « La dérive économique », dans *Divorce 20 ans* après sous l'Egide de la Revue Juridique d'Ile de France, Ed. Dalloz 1997, p. 118.

<sup>1250</sup> Dans cette même idée d'éclatement du fondement de la prestation compensatoire voir Batteur Annick et Raoul-Cormeil Gilles, « Fin ou éclatement de la notion de prestation compensatoire ? », *Droit et patrimoine*, n°97, octobre 2002, p. 34, voir également Fehrenbach Karine, « Vocation alimentaire des époux et prestation compensatoire », *Petites affiches*, n°24, 2 février 2001, p. 5.

<sup>1251</sup> Art. 275 C.civ. ; Bénabent Alain, *Droit de la Famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014, n° 578, p. 272.

<sup>1252</sup> Anc. art. 276-1 al. 1<sup>er</sup> : « La rente est attribuée pour une durée égale ou inférieure à la vie de l'époux créancier » ; voir également Leveneur Laurent, *Leçons de droit civil, La Famille*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 1995, n° 1512, 792.

<sup>1253</sup> Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce.

<sup>1254</sup> Voir par exemple, Poivey-Leclercq Hélène, « La nouvelle prestation compensatoire après la réforme de 2004 », *Droit et patrimoine*, avril 2005, n°136.

forme de paiement échelonné d'une pension alimentaire. Toutefois, le fondement de ce type de prestation semble bien indemnitaire et non alimentaire.

**678.** Cette prestation paraît en effet avoir pour seul objectif, selon le Code civil, de compenser les niveaux de vie à la suite du divorce. La Cour de cassation dans une décision du 18 mai 2011<sup>1255</sup> a d'ailleurs sanctionné une Cour d'appel qui s'était fondée sur des circonstances antérieures au divorce et avait considéré que la différence sensible de niveaux de vie entre les époux préexistait au mariage et n'était pas la conséquence des choix de vie faits par les époux pendant le mariage. On pourrait alors penser que la seule disparité entre les revenus devrait avoir pour conséquence le versement d'une prestation compensatoire. Toutefois, de même qu'en droit canadien, il semble également que ce sont aussi les conséquences économiques que l'un des conjoints peut subir des choix faits par les époux qui sont indemnisées par cette prestation.

**679.** Cette idée de compensation et d'indemnisation ressort, tout d'abord, des rapports et discussions à l'origine de l'adoption des réformes de la prestation compensatoire. Dans son rapport fait à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux de 1998, Mme Théry considérait ainsi que la prestation compensatoire telle qu'elle était prévue à l'article 270 était en contradiction avec l'évolution sociale et la recherche de l'égalisation des sexes et que si cette prestation était conservée, elle devait non pas avoir pour objectif de conserver un statut social acquis mais plutôt viser à « rétablir un équilibre rompu du fait des choix pris en commun par les époux pendant leur vie commune »<sup>1256</sup>.

**680.** C'est ainsi que, en 1999, M. le député Nicolin avait déposé une proposition de loi qui avait pour objet de remplacer la prestation compensatoire par une indemnité de séparation destinée à rétablir un équilibre rompu par les choix pris par les époux pendant leur mariage<sup>1257</sup>. Cette proposition n'eut toutefois pas de suite et le législateur français, dans ses réformes du 30 juin 2000<sup>1258</sup> sur la prestation compensatoire et du 26 mai 2004<sup>1259</sup>

---

<sup>1255</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2011, *AJ Fam.* 2011, p. 372, com. David Stéphane. Voir également la décision de la Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup> du 10 octobre 2012, *Dr. Fam.* 2012, décembre 2012, com. 180, Larribau-Terneyre Virginie.

<sup>1256</sup> Théry Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Editions Odile Jacob 1998, p. 133.

<sup>1257</sup> Proposition n°1900 déposée à l'Assemblée nationale le 9 novembre 1999, <http://www.assemblee-nationale.fr/propositions/pion1900.asp>

<sup>1258</sup> *Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 sur la prestation compensatoire en matière de divorce.*

<sup>1259</sup> *Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce.*

relativement au droit du divorce, n'a que peu modifié le fondement de la prestation compensatoire prévu à l'article 270 du Code civil.

**681.** Toutefois, les remarques faites par Mme Théry ne sont pas totalement restées lettre morte. Malgré la formulation générale du rôle compensatoire de la prestation à l'article 270 du Code civil, et plus particulièrement du second alinéa (« L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser autant que possible, la disparité que la rupture crée dans les conditions de vie respectives »), en 2000, le législateur a ajouté aux facteurs préexistants dont le juge doit tenir compte lors de la fixation de la prestation compensatoire, la durée du mariage, la qualification et la situation professionnelle des époux au regard du marché du travail ainsi que leur situation respective en matière de pensions de retraite. Avec l'ajout des deux derniers facteurs, on peut penser qu'il a souhaité indirectement prendre en compte les choix faits par les époux pendant le mariage quant à la profession et la carrière de chacun d'eux et le fait que certains conjoints aient pu renoncer à toute carrière pour se consacrer au foyer et à l'éducation des enfants.

**682.** Une telle interprétation peut également être tirée des débats qui avaient déjà entouré l'adoption de la réforme de 2000. En effet, même si M. Hyst dans son rapport devant l'Assemblée nationale avait considéré qu'il s'agissait avant tout de répondre aux exigences de la société et plus particulièrement aux problèmes de chômage croissants, Mme Derycke faisait remarquer au cours des discussions parlementaires à l'Assemblée nationale en seconde lecture du projet de loi que la prestation compensatoire permettait de réduire les inégalités professionnelles existant entre les hommes et les femmes et en particulier de pallier aux iniquités que peuvent subir les femmes en raison de la garde des enfants<sup>1260</sup>.

**683.** Mais, si la réforme de juin 2000 n'a pas marquée une avancée essentielle dans la reconnaissance du rôle d'indemnisation de la prestation compensatoire pour les choix faits pendant le mariage, la réforme du divorce du 26 mai 2004 est allée plus loin. Elle a en effet revu la formulation des facteurs prévus anciennement dans l'article 271 du Code civil et a ajouté aux facteurs préexistants « les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne ». Les choix

---

<sup>1260</sup> Voir Mme Dinah Derycke, Séance du 5 avril 2000, devant la Sénat trouvée sur <http://www.senat.fr/cra/s20000405/cahier04.pdf>, p. 78.

faits par les conjoints et, en particulier les sacrifices que l'un a pu faire pour sa carrière en faveur de sa famille ou de son conjoint font donc désormais partie des facteurs que le juge doit prendre en considération et l'on reconnaît donc ainsi le rôle d'indemnisation de la prestation compensatoire pour les iniquités nées de ces choix. Cette prise en compte a également été renforcée par le fait que depuis la réforme des retraites de 2010<sup>1261</sup>, l'article 271 a été complété et le juge ne doit plus se contenter de prendre en considération la situation respective des époux en matière de pensions de retraite, mais doit estimer plus, « autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa ». Il doit ainsi clairement prendre en compte les choix de vie professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune.

**684.** M. Gélard dans son rapport rendu au Sénat sur la réforme du divorce de 2004, reprenant ainsi les termes de M. David<sup>1262</sup>, précisait que la nouvelle formulation correspondait « à l'idée plus générale que la prestation n'a pas pour objet de compenser la perte de niveau de vie qui résulterait d'une analyse sèche et mathématique de la situation patrimoniale des époux, mais bien plus de la répartition des rôles de chacun pendant la vie commune »<sup>1263</sup> et donc comme précisait M. David « les choix opérés en commun qui se révèlent préjudiciables pour l'un d'entre eux au moment du divorce, qu'il faut compenser ». En d'autres termes la prestation compensatoire n'a pas pour objectif de compenser la perte de niveau de vie subie par une jeune femme qui s'est mariée avec un milliardaire et divorce deux ans après le mariage, mais de compenser les choix faits par les conjoints, comme celui impliquant qu'une mère de famille quitte son emploi ou renonce à sa carrière pour s'occuper du foyer et des enfants.

**685.** Avec l'adoption et la nouvelle rédaction de ces facteurs, c'est donc bien le fondement indemnitaire de la prestation compensatoire pour les choix faits par les époux pendant le mariage qui est reconnu. Cette modification de la loi est d'ailleurs d'autant plus importante qu'elle ne s'imposait pas. En effet, la Cour de cassation avait depuis longtemps considéré que la liste des facteurs prévue à l'ancien article 272 n'était pas limitative et que le

---

<sup>1261</sup> *Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites..*

<sup>1262</sup> David Stéphane, *La prestation compensatoire*, Thèse dactylographiée, Université Paris XII, Val de Marne, 2001, n°237 p. 203.

<sup>1263</sup> Gélard Patrice, *Rapport n°120 (2003-2004) fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au divorce*, rendu le 17 décembre 2003, trouvé sur [http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120_mono.html)

juge pouvait prendre en compte d'autres éléments, ce qu'il n'hésitait pas à faire<sup>1264</sup>, prenant ainsi déjà en considération les choix familiaux. Cette modification si elle peut paraître anodine pour certains, marque certainement une évolution fondamentale pour le fondement de la prestation compensatoire et ne peut que nous rappeler l'évolution faite en droit canadien avec la pension alimentaire compensatoire. Comme nous le fait remarquer Mme Poivey-Leclercq, elle est de plus d'une grande importance d'un point de vue sociologique puisque, bien que la société française évolue, « les femmes qui interrompent leur activité professionnelle ou qui n'en exercent pas ne sont pas une espèce en voie de disparition »<sup>1265</sup>. En modifiant l'article 272, on peut alors se demander si ce ne sont en réalité des préoccupations sociologiques qui ont amené le législateur à agir et à reconnaître, indirectement il est vrai, le rôle de compensation pour les choix faits pendant le mariage de la prestation compensatoire.

**686.** Il est important de préciser que la prestation compensatoire permet ainsi de compenser les choix faits pendant le mariage et qui ont permis de favoriser l'activité professionnelle d'un des conjoints au détriment de celle de l'autre et ceci même si la décision a été prise d'un commun accord. En effet, la position contraire semble avoir été soutenue par le Cour de la cassation dans une décision du 21 septembre 2014<sup>1266</sup>. La Cour est revenue sur cette position dans une décision du 8 octobre 2014 et comme le précise M. Binet<sup>1267</sup>, il est nécessaire de combiner les deux décisions et de considérer que si « les disparités de situation résultant de choix communs des époux n'ont pas à être compensées par l'attribution d'une prestation », ce n'est pas le cas lorsque l'un des « époux a fait des choix professionnels pour l'éducation des enfants ou pour favoriser la carrière de son conjoint ». C'est donc bien le caractère indemnitaire de la prestation compensatoire qui ressort de ces décisions.

**687.** Enfin, la prestation a pour effet de corriger les conséquences des choix faits par les époux pendant le mariage mais pas le régime matrimonial choisi. C'est ainsi que dans deux décisions des 18 décembre 2013 et 15 janvier 2014, elle a affirmé que la prestation compensatoire n'a pas pour objet de compenser les effets de la séparation de biens. Cette solution semblait donc être posée même si dans une décision du 2 avril 2014 la Cour de

---

<sup>1264</sup> Courcelle Sylvaine, « La prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1998 I, chronique p. 366.

<sup>1265</sup> Poivey-Leclercq Hélène, « La nouvelle prestation compensatoire après la réforme du 26 mai 2004 », *Droit et patrimoine* 2005, n°136, p. 83, et plus particulièrement p. 84.

<sup>1266</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 septembre 2014, *Dr. Fam.* 2014, com. 154 de Jean-René Binet.

<sup>1267</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Dr. Fam.* Décembre 2014, com. 176 de Jean-René Binet.

cassation a cassé la décision d'une Cour d'appel qui avait suivi cette position... La position n'est donc certainement pas aussi simple sur le sujet<sup>1268</sup>.

**688.** A côté de prestation qui semble bien être de type indemnitaire et compensatoire, le législateur français en 2000 et 2004 a également mis en œuvre un second type de prestation compensatoire que nous qualifions d'« alimentaire ».

## 2. Une prestation compensatoire « alimentaire »

**689.** Le second type de prestation compensatoire a un fondement purement alimentaire. Cette « prestation compensatoire alimentaire »<sup>1269</sup> octroyée exceptionnellement en raison de l'âge et de la santé du créancier est versée sous forme de rente viagère, librement révisable à la baisse et même à la hausse dans la limite du premier montant octroyé.

**690.** Ce type de prestation avait déjà été envisagé au cours des années 1990. Ainsi, dans son rapport paru en 1999<sup>1270</sup>, Mme Dekeuwer-Défossez avait considéré que le principe du versement de la prestation compensatoire sous forme de capital devait être renforcé et que l'appréciation du montant de cette prestation serait d'autant plus simple à déterminer que le partage du régime matrimonial serait fait au moment du divorce. Toutefois, elle avait, avec son groupe de travail, constaté que dans certains cas un conjoint se retrouvait dans une situation financière très problématique et que le versement d'une prestation compensatoire ne pouvait pas être la solution pour répondre aux besoins vitaux de ce conjoint. Dans ces cas, il semble alors nécessaire de conserver la prestation compensatoire sous forme de rente tout en entourant cette forme de prestation d'un certain nombre de limites. Le groupe d'étude proposait d'exiger, pour le versement d'une telle prestation sous forme de rente, une « décision judiciaire spécialement motivée constatant que le créancier se trouve, du fait du divorce, sans ressources suffisantes et sans aucun moyen de s'en procurer ».

**691.** Le législateur, avec la loi du 30 juin 2000, a retenu les propositions du groupe de travail sous la direction de Mme Dekeuwer-Défossez. A côté de la prestation compensatoire sous forme de capital, il a prévu que le juge pourrait, à titre exceptionnel et par

---

<sup>1268</sup> Hauser Jean, « L'origine de la disparité et le calcul de la prestation compensatoire », *RTDCiv.* 2014 p. 630.

<sup>1269</sup> En référence à la pension alimentaire compensatoire canadienne.

<sup>1270</sup> Sous la direction de Françoise Dekeuwer-Défossez, *Réformer le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob.

décision spécialement motivée, en raison de l'âge et de l'état de santé du conjoint ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente<sup>1271</sup>. Cette rente est obligatoirement viagère et ne peut être temporaire et, comme le précisait M. Hyst dans son rapport fait devant l'Assemblée nationale<sup>1272</sup> « seule subsiste la rente viagère attribuée en considération de la situation du créancier » et non, comme précédemment, la rente qui était attribuée en raison de l'incapacité du débiteur à disposer d'un capital suffisant.

**692.** Le fondement alimentaire de cette forme de prestation compensatoire peut être tiré des deux cas dans lesquels elle peut être attribuée. En effet, le juge ne peut octroyer une telle prestation que lorsque le créancier ne peut subvenir à ses besoins en raison de son âge ou de sa maladie. Son incapacité à subvenir à ses besoins ne nous apparaît dans ce cas pas être une conséquence du mariage et des décisions prises par les époux mais, bien plus, et comme dans le cas de la pension alimentaire non compensatoire canadienne, de faits extérieurs aux époux, de l'état physique du créancier. Ce ne sont alors pas des considérations indemnitaires qui interviennent mais, bien plus, des considérations de solidarité alimentaire.

**693.** De plus, de même que pour l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants, la prestation compensatoire versée sous forme de rente est indexée et conformément à l'ancien article 276-1 du Code civil « l'indice est déterminé comme en matière de pension alimentaire ». Le législateur de 2000 a aussi instauré la possibilité de réviser, suspendre ou supprimer cette pension « en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties ». Il a par là-même remis en cause la législation antérieure qui limitait la révision de la prestation compensatoire au cas où le refus d'une telle révision aurait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, cas qui était interprété très restrictivement par la jurisprudence et posait de nombreux problèmes. Ces nouvelles conditions de révision de la prestation compensatoire sous forme de rente ne sont alors pas sans rappeler celle de la pension alimentaire qui est librement révisable en cas de changement dans les conditions des parties<sup>1273</sup>.

---

<sup>1271</sup> Anc. art. 276 C.civ.

<sup>1272</sup> Hyst Jean-Jacques, *Rapport 291 (1999-2000), Commission des lois, Proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*

<sup>1273</sup> Ce caractère variable de la pension alimentaire est un de ses caractères fondamentaux, voir, par exemple, Terré François et Fenouillet Dominique, *La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011, n° 44 p. 38.



**694.** Enfin, ce rapprochement entre la prestation compensatoire versée sous forme de rente et la pension alimentaire était aussi renforcé par le fait que la pension de réversion est déduite de plein droit de la prestation compensatoire versée sous forme de rente<sup>1274</sup>. La pension de réversion permettant ainsi de répondre aux besoins du créancier de la prestation, celle-ci est alors diminuée, de même que toute pension alimentaire.

**695.** Tant les conditions d'octroi de la prestation compensatoire que ses conditions de révision rapprochent la prestation compensatoire sous forme de rente d'une pension alimentaire. Toutefois, si ce type de prestation paraît bien alimentaire, le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de cette logique. Il a ainsi, et comme nous l'avons fait remarquer, permis la révision de la pension à la seule baisse ou, en cas de nouvelle révision, dans la limite du montant fixé initialement. De plus, alors que l'obligation alimentaire de droit commun est *intuitu personae* et disparaît avec le décès du débiteur, la prestation compensatoire versée sous forme de rente survit au décès du débiteur et pèse sur les héritiers, comme une dette personnelle<sup>1275</sup> dans la limite de l'actif successoral, un capital immédiatement exigible étant automatiquement substitué à la rente<sup>1276</sup>. Les héritiers peuvent également décider de maintenir la prestation compensatoire et s'obliger personnellement *ultra vires*<sup>1277</sup>. Il y aura alors une véritable substitution de débiteur. Il est également nécessaire de remarquer que la prestation compensatoire n'est pas considérée comme une dette alimentaire dans le cadre de la répartition du passif entre les époux dans le régime de la communauté. Elle n'est ainsi pas qualifiée de dette solidaire mais, étant apparue avant le mariage, est considérée comme une dette personnelle à l'époux débiteur<sup>1278</sup>. Avec ces trois éléments, nous pourrions être amenés à pencher pour une remise en question de notre fondement alimentaire.

**696.** Néanmoins, ces éléments ne nous semblent pas entièrement remettre en cause ce fondement. En ce qui concerne la révision à la baisse seulement en principe, et, dans les limites du montant initial, à la hausse, cette disposition est difficilement explicable par la

---

<sup>1274</sup> Lécuyer Hervé, « La loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Etude de droit civil », *Dr. Fam.*, septembre 2000, p. 4, p. 10.

<sup>1275</sup> Massip Jacques, « La réforme des prestations compensatoires après divorce, Commentaires de la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 (1<sup>ère</sup> partie) », *Petites affiches* 16 janvier 2001, n°11, p.4, p. 14.

<sup>1276</sup> Art. 280 al. 1<sup>er</sup> et 3 C.civ.

<sup>1277</sup> Art. 280-1 C.civ., Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La Famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°818 p. 340.

<sup>1278</sup> Art. 1410 C.civ. Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 novembre 1988, *Bull. I* n° 299, p. 204 ; la prestation compensatoire sous forme de rente due par le mari à sa première épouse constitue une dette personnelle à celui-ci et le paiement de cette prestation par la communauté ouvre droit à récompense, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, *JCP G.* 2006, I 193, p. 2213, n. Tisserand-Martin Alice.

reconnaissance d'un fondement alimentaire. L'est-elle alors lorsqu'on envisage un fondement indemnitaire ? Dans le cas d'une indemnisation, le dommage étant déterminé, le montant de sa réparation l'est aussi et ceci de façon définitive, ce qui explique l'absence de révision, à l'exception des cas où l'on peut prouver que le dommage est en réalité plus important que celui qui avait été prévu. En principe il n'y a donc pas de révision de l'indemnisation, ni à la hausse et, en toute logique, encore moins à la baisse. Il ne nous semble donc pas que ce soit des considérations indemnitaires qui soient à la source de cette disposition. Nous pensons que ce sont des raisons plus politiques qui ont amené à l'adoption d'une telle disposition. En effet, la prestation compensatoire dans sa forme antérieure à la loi de 2000 avait entraîné de nombreux mécontentements auprès des débiteurs et à la formation de différentes associations de défense très actives de ces débiteurs de prestation compensatoire. Ces associations souhaitaient une révision plus facile du montant de la prestation compensatoire tout en souhaitant que celle-ci ne pèse pas trop ni indéfiniment sur les débiteurs. Elles souhaitaient de plus que toute solidarité entre les époux soit exclue après la dissolution du mariage par le divorce. Les pressions de ces associations furent très importantes lors de l'adoption de la loi et il nous semble que cette disposition prévoyant la révision à la seule baisse ou dans la limite du montant initial soit le résultat de ces pressions et non de la volonté du législateur de revenir à un fondement plus indemnitaire de la prestation compensatoire.

**697.** De même, la survie de la prestation compensatoire versée sous forme de rente au décès du débiteur ne nous semble pas être le seul résultat d'un fondement indemnitaire. Il est en effet intéressant de constater que la pension alimentaire de droit commun, également, ne cesse pas obligatoirement avec le décès du débiteur. En droit français, le conjoint dans le besoin de l'époux prédécédé peut demander une pension alimentaire à la succession du *de cuius*<sup>1279</sup> et ainsi, en quelque sorte, continuer à percevoir l'aide que lui fournissait son époux décédé. Cette survie, ainsi que le font remarquer MM. Terré et Lequette, marque la persistance du devoir de secours entre époux après la dissolution du mariage par décès<sup>1280</sup> et même si elle est rattachée au droit des successions, elle demeure un droit alimentaire. Il est à remarquer qu'en droit français, cette possibilité est aujourd'hui ouverte au seul conjoint.

---

<sup>1279</sup> Art. 767 C.civ.

<sup>1280</sup> Terré François et Lequette Yves, *Les successions, Les libéralités*, 3<sup>ème</sup> édition, 1997, Ed. Dalloz, n°209. Voir également, Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les successions, Les libéralités*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2012, n° 107, p. 72.

Avant la réforme du droit des successions du 3 décembre 2001<sup>1281</sup>, l'enfant adultérin pouvait également bénéficier d'un tel droit alimentaire après le décès de son ascendant<sup>1282</sup>. En effet, il ne recevait, avant cette réforme, qu'une part à moitié inférieure à celle octroyée aux enfants légitimes et pouvait alors se retrouver dans le besoin en raison de cette différenciation. Une pension alimentaire pouvait donc lui être versée par la succession s'il était dans le besoin et cette pension alimentaire permettait alors de compenser la différence de droits successoraux existant entre les enfants adultérins et les autres enfants du *de cuius*. Au nom de l'équité et de la morale, la survie d'une obligation alimentaire permet alors de compenser l'absence ou la quasi-absence de droits successoraux afin de permettre à un créancier alimentaire qui devrait logiquement devenir un héritier en raison de ses liens avec le défunt débiteur alimentaire, de recevoir ce qu'il aurait pu obtenir par le biais de la succession. M. Dupeyroux<sup>1283</sup> avait d'ailleurs montré, à la fin des années cinquante, comment la jurisprudence avait fait en sorte de rapprocher des obligations alimentaires légales, intransmissibles, d'autres obligations alimentaires conventionnelles ou naturelles, transmissibles afin de justifier leur transmissibilité. Les juges avaient en particulier, après avoir fait prévaloir le caractère indemnitaire, mis en valeur le caractère alimentaire de l'ancienne pension alimentaire de l'ancien article 301<sup>1284</sup> donnant ainsi au conjoint divorcé les mêmes droits qu'un conjoint non divorcé. L'ex-époux pouvait alors obtenir le versement de sa pension « contre » la succession (et non « dans » la succession) soit *ultra vires*. Aujourd'hui une telle transmissibilité n'est plus qu'*intra vires* ce qui pourrait inciter à penser que c'est le fondement indemnitaire qui l'emporterait. Toutefois, les aliments dus au conjoint survivant sont également versés dans la limite de l'actif successoral et donc *intra vires*<sup>1285</sup> et on peut alors nier leur fondement alimentaire. Le rapprochement, dans la limite de la succession, de ces deux situations, époux divorcé et non-divorcé, tend, selon nous, à faire ressortir le caractère alimentaire de cette seconde catégorie de prestation compensatoire.

**698.** En droit québécois, le législateur, en même temps qu'il instaurait le patrimoine familial, a créé le mécanisme de la « survie de la pension alimentaire »<sup>1286</sup>. Cette survie

---

<sup>1281</sup> Loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

<sup>1282</sup> Anc. art. 915-2 C.civ.

<sup>1283</sup> Dupéroux Jean-Jacques, « La transmissibilité passive des obligations alimentaires », *D.* 1959, Chron. p. 71.

<sup>1284</sup> Voir n°117.

<sup>1285</sup> Art. 767 al. 2 C.civ. : « La pension alimentaire est prélevée sur l'héritité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émoulement. »

<sup>1286</sup> Art. 684 et s. C.c.Q. Voir également Goubau Dominique et Castelli Mireille D., *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 399 et s. Voir Harvey Sylvie, « Chapitre V

permet ainsi à l'ex-conjoint qui percevait effectivement une pension alimentaire de continuer à percevoir une telle pension, de même que le conjoint survivant et les parents en ligne directe au premier degré du *de cuius*. Pour ces derniers, comme pour le conjoint survivant, il est nécessaire qu'il ait eu la qualité de créancier d'aliments avant le décès du conjoint et donc qu'ils aient été dans le besoin ou aient dépendu financièrement du défunt du vivant de celui-ci. Ils ne recevront pas une véritable pension alimentaire mais le plus souvent une somme limitée à un certain plafond. En ce qui concerne l'ex-conjoint, cette pension est limitée à l'équivalent de douze mois d'aliments. La somme versée le sera par la succession et est également limitée par l'étendue du patrimoine successoral. Elle ne peut être due par les héritiers sur leur patrimoine propre et comme le font remarquer M. Goubau et Mme Castelli, il n'y a alors pas atteinte au principe d'intransmissibilité de l'obligation alimentaire<sup>1287</sup> et donc aux caractères et spécificités même de cette obligation.

**699.** Tant le droit français que le droit québécois tendent donc à reconnaître la survie dans une certaine limite de l'obligation alimentaire et la survie de la prestation compensatoire sous forme de rente n'implique donc pas un fondement indemnitaire. Néanmoins, avec la réforme de 2000, la survie de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère pouvait avoir pour conséquence que les héritiers puissent être tenus sur leurs biens propres. Le caractère intransmissible attaché à une rente ayant un fondement alimentaire n'était alors pas respecté et le fondement indemnitaire ressurgissait. La loi du 26 mai 2004 a alors fait dans ce domaine un pas supplémentaire vers la reconnaissance de la prestation compensatoire versée sous forme de rente.

**700.** Lors des discussions relatives au projet de loi réformant le divorce adopté définitivement le 26 mai 2004, la question de la prestation compensatoire versée sous forme de rente fut de nouveau évoquée. Le projet de loi prévoyait alors une condition supplémentaire pour l'attribution de la prestation compensatoire « qu'aucune amélioration notable de la situation financière du créancier ne soit envisageable ». Pour M. Gélard, la prestation compensatoire devait être limitée à des cas spécifiques de conjoints âgés, mariés pendant une longue période, n'ayant aucune chance de retrouver un emploi, ayant cessé une activité professionnelle pendant le mariage et n'ayant que peu de droits à la retraite. Il voyait

---

– L'obligation alimentaire », dans *Personnes, Famille et Successions*, Collection de droit 2014-2015, 2014, p. 255 et s.

<sup>1287</sup> Goubau Dominique et Castelli Mireille D., *op. cit.* p. 400.

alors avec cette condition supplémentaire une affirmation du caractère alimentaire de la prestation compensatoire, même si celle-ci ne peut être révisée à la hausse<sup>1288</sup>. Cette condition supplémentaire n'a pas été adoptée mais ce n'est pas pour autant que cette affirmation du fondement alimentaire de la prestation compensatoire versée sous forme de rente ne s'est pas faite avec cette loi. Effectivement, la disposition limite la survie de la prestation compensatoire sous forme de rente à la limite de l'actif successoral. Ce ne sont donc plus les héritiers sur leur patrimoine personnel qui sont tenus de payer cette prestation mais bien le *de cuius* au travers de sa succession et, dans une certaine mesure, on retrouve le caractère intransmissible de la pension alimentaire et donc le fondement alimentaire de la prestation compensatoire versée sous forme de rente au travers de cette décision.

**701.** M. David, dans sa thèse<sup>1289</sup> considérait que la forme de la prestation compensatoire ne devait pas influencer sur son fondement et ne pas ainsi remettre en cause le fondement indemnitaire de la prestation compensatoire. En ce qui nous concerne, nous considérons que la prestation compensatoire sous forme de rente doit bien être différenciée de celle versée sous forme de capital et que ses conditions de versement, dans le cas d'un conjoint âgé ou malade, nous amènent à déterminer un véritable fondement alimentaire pour ce type de prestation. Ce fondement n'est certainement pas le plus simple à accepter puisqu'il implique une certaine continuation du mariage après la dissolution de celui-ci et fait réapparaître la solidarité familiale, qui peut être illimitée, dans un cas où elle doit disparaître. Il nous semble toutefois que ce soit le fondement le plus approprié en l'occurrence.

**702.** Cette position peut d'ailleurs être illustrée par une proposition de loi déposée par le député Jean-Marc Roubaud le 24 octobre 2007<sup>1290</sup>. Avec cette proposition de Loi, le député souhaitait que la prestation compensatoire versée sous forme de rente soit déclarée caduque en cas de remariage du conjoint créancier, à la demande du débiteur et sous contrôle du juge. Ce député justifiait alors sa position par le fait que la continuation du versement de cette pension limite les obligations légales des nouveaux époux et en particulier le devoir de secours qui pèse sur les conjoints et les oblige à subvenir mutuellement à leurs besoins. Avec

---

<sup>1288</sup> Gélard Patrice, Rapport 120 (2003-2004) – Commission des Lois, *Le divorce*, trouvé sur [http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120_mono.html)

<sup>1289</sup> David Stéphane, *La prestation compensatoire*, Thèse sous la direction de Denis Mazeaud, Université Paris XII, Val de Marne, polycopiée, n°361, p. 333 et s.

<sup>1290</sup> Proposition de Loi n°336, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 26 octobre 2007 par M. le Député Jean-Marc Roubaud, *Proposition tendant à modifier les conditions du maintien de la prestation compensatoire en cas de remariage du conjoint créancier de ladite prestation*.

le versement de la prestation sous forme de rente, et toujours selon M. Roubaud, le nouveau conjoint de l'époux créancier ne contribue en effet pas totalement aux besoins de ce dernier, l'ex-conjoint contribuant également à ces besoins. Cette proposition non adoptée faisait alors particulièrement ressortir la nature alimentaire de la prestation compensatoire versée sous forme de rente.

**703.** La prestation compensatoire versée sous forme de rente est aujourd'hui utilisée avec parcimonie par les tribunaux français. Alors que, avant la réforme de 2000, plus de 60% des prestations compensatoires étaient octroyées sous forme de rente<sup>1291</sup>, les premières statistiques faites à la suite de l'adoption de la Loi du 30 juin 2000 avaient montré qu'elles ne constituaient plus que 15% des prestations à la suite de la réforme<sup>1292</sup>. Depuis, une étude effectuée par le Cour d'appel de Lyon<sup>1293</sup> sur l'intégralité des décisions rendues en 2012 a montré que seule 3% des prestations compensatoires prononcées par cette Cour au cours de cette année 2012 étaient versées sous forme de rente viagère. La Cour de Cassation exige en effet le respect de la motivation spéciale exigée par la loi pour les décisions décidant d'octroyer une prestation compensatoire sous forme de rente. Elle a ainsi cassé pour défaut de base légale et défaut de motivation spéciale la décision qui s'est limitée à relever que l'épouse exerçait depuis décembre 1997 une activité d'employée de restaurant avec une rémunération mensuelle modeste, qu'à la suite de violences subies par son mari, elle souffrait d'une petite incapacité partielle de travail et qu'elle payait un loyer relativement élevé<sup>1294</sup>. Les tribunaux doivent donc motiver leur décision et n'accordent de prestation compensatoire sous forme de rente que dans peu de cas. Une prestation compensatoire d'un montant de 350 € a, par exemple, été octroyée par la Cour d'appel de Paris à une épouse invalide âgée de 57 ans et mariée pendant 37 ans, son mari âgé de 61 ans et retraité ayant des revenus mensuels de 1798 €<sup>1295</sup>. En revanche, la Cour d'appel d'Orléans a refusé l'octroi d'une telle prestation à une épouse mariée pendant 10 ans, souffrant d'une sclérose en plaque la mettant dans l'impossibilité de poursuivre une activité professionnelle. La Cour a préféré lui octroyer une

---

<sup>1291</sup> Belmokhtar Z., *Les divorces en 1996, Une analyse statistique des jugements prononcés*, Etudes et statistiques Justice, 1999, p. 69.

<sup>1292</sup> Guyot Jean Claude et Jeanson Georges, *Prestations compensatoires, Premières applications de la Loi du 30 juin 2000*, Ed. Dalloz, 2002, p. 62, voir également R.J. *Personnes et familles* 2005, n°1 Actualité p. 4

<sup>1293</sup> Antippas J., Bidaud-Garon C., Bernard Y., de Boysson B., Jannot J., Molière A., Panet A. Et Tétard S., *Etude de jurisprudence chiffrée relative à la prestation compensatoire, Cour d'appel de Lyon du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2012*, Centre de droit de la famille, 2013, p. 76.

<sup>1294</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 janvier 2003, *Petites affiches*, 13 octobre 2003, n°204, p. 16, note Massip Jacques. Voir également pour un autre exemple de défaut de motivation spéciale : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 avril 2003, *Bull. I* n°96.

<sup>1295</sup> CA Paris, 8 février 2006, *AJ Fam.* 2006, n°3 p. 122.

prestation sous forme de capital d'un montant de 19 200 € versé par mensualité de 200 € pendant 8 ans<sup>1296</sup>. Même dans ce cas où, en raison de l'état de santé du conjoint, une prestation compensatoire sous forme de rente aurait pu être octroyée, la Cour a choisi l'octroi d'un capital montrant ainsi la faveur actuelle à la prestation compensatoire versée sous cette forme. Dans ce cas, la faveur a aussi été donnée à la solidarité étatique pour aider cette conjointe malade.

**704.** Il nous apparaît donc aujourd'hui qu'il existe en droit français deux types de prestations compensatoires avec deux fondements différents. Le premier type versé sous forme de capital non révisable a pour objectif de compenser les iniquités économiques nées des choix faits pendant le mariage et a donc un fondement indemnitaire détaché de toute idée de faute. Le second type de prestation compensatoire est celui versé sous forme de rente en raison de l'âge et de l'état de santé du débiteur et a un fondement alimentaire. Avant l'adoption de la réforme de 2000, la jurisprudence persistait à considérer que la prestation compensatoire avait à la fois un fondement alimentaire et indemnitaire, qu'en est-il alors aujourd'hui ?

### *3. Des fondements encore remis en cause par la Cour de cassation*

**705.** Si l'on s'attache à l'étude de la jurisprudence récente, il semble que la Cour de cassation a conservé, dans un premier temps, sa jurisprudence ancienne et déclaré que la prestation compensatoire avait un fondement mixte quel que soit son mode de versement. Ainsi, malgré l'adoption de la Loi de 2000 et le renforcement du caractère indemnitaire de la prestation compensatoire versée sous forme de capital, la 2<sup>ème</sup> Chambre civile de la Cour de cassation a réitéré son refus de compenser une dette avec une prestation compensatoire<sup>1297</sup>. La Chambre commerciale, dans deux décisions du 8 octobre 2003, a considéré que la prestation compensatoire présentant pour partie un caractère alimentaire, elle ne devait pas être déclarée au passif du débiteur soumis à la procédure collective et ne pouvait donc pas être éteinte en

---

<sup>1296</sup> CA Orléans, 3 août 2005, *AJ Fam.* 2006, n°2 p. 81. Voir également pour un refus d'octroyer une prestation compensatoire sous forme de rente et lui préférer une prestation sous forme de capital, la décision de la Cour d'appel de Nîmes du 26 octobre 2006, *AJ Fam.* 2006, n°1 p. 41. En l'occurrence, les époux avaient été mariés pendant 40 ans, la femme âgée de 64 ans percevait une retraite de 387, 10 € et son mari, âgé de 66 ans et également retraité, avait un revenu total de 2878 € par mois. La Cour a octroyé une prestation compensatoire sous forme d'un capital de 78 000 €.

<sup>1297</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 2002, *RJPF* 2002/9 p. 16, n. Garé Thierry ; *Dr. Fam.* 2002, n°126, n. Lecuyer Hervé.

raison d'un défaut de déclaration au représentant des créanciers<sup>1298</sup>. Dans ces deux décisions, il est donc fait référence à la prestation compensatoire de façon générale sans distinction entre les modes de versements. Toutefois, comme nous le fait remarquer M. Massip, il semble déjà au regard de la loi du 30 juin 2000 qu'il soit nécessaire de faire une distinction entre les deux types de prestations compensatoires et que, si la prestation compensatoire versée sous forme de rente ne doit pas être déclarée au passif du débiteur en raison de son fondement alimentaire, il ne devrait pas en être de même pour la prestation versée sous forme de capital qui, elle, devrait être déclarée<sup>1299</sup>.

**706.** La loi du 26 mai 2004 semble avoir encore renforcé le caractère compensatoire de la prestation compensatoire versée sous forme de capital et souhaite même que soient désormais mieux pris en considération, pour la fixation de la prestation, les choix faits par les époux pendant le mariage<sup>1300</sup>. Qu'en est-il alors de la jurisprudence suite à l'adoption de cette loi ? La jurisprudence a-t-elle tenu compte de l'évolution de la philosophie du législateur et ceci même dans l'interprétation des dispositions adoptées en 2000 ? La question de la nature de la prestation compensatoire s'est en effet de nouveau posée devant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation dès mars 2005<sup>1301</sup>. Deux créanciers demandaient une saisie-attribution sur un compte bancaire de la débitrice, compte qui avait été alimenté par la prestation compensatoire versée sous forme de capital par le mari. La Cour de Versailles avait retenu que la prestation compensatoire si elle présente une nature alimentaire, a également un aspect indemnitaire qui fait qu'elle est partiellement saisissable. La demanderesse soutenait, pour sa part, que la prestation compensatoire était totalement insaisissable. La deuxième chambre a retenu l'argumentation de la débitrice et a simplement décidé que « la prestation compensatoire est insaisissable ». Cette décision est très certainement critiquable puisqu'en acceptant l'insaisissabilité de la prestation compensatoire d'une façon générale, elle généralise le fondement alimentaire de cette prestation et, même si elle a été rendue sous l'empire du droit antérieur à la loi de 2004, va directement à l'encontre de la volonté du législateur de 2004. Il nous semble en effet nécessaire de distinguer entre les deux types de prestations et la

---

<sup>1298</sup> Cass. com., 8 octobre 2003 (deux décisions), *Petites affiches*, 3 mai 2004, n°88, p. 16, n. Massip Jacques.

<sup>1299</sup> Voir la note de Jacques Massip sous Cass. com., 8 octobre 2003 (deux décisions), *Petites affiches*, 3 mai 2004, n°88, p. 16.

<sup>1300</sup> Art. 271 C.civ.

<sup>1301</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2005, *RJPF* 2005-6/20, p. 13, commentaires Leborgne Anne et Garé Thierry, « La prestation compensatoire est insaisissable », voir également les commentaires de Stéphane David, *AJ. Fam.* 2005, n°4 p. 143.



prestation compensatoire versée sous forme de capital ne nous semble pas être alimentaire, mais bien au contraire tout à fait indemnitaire.

**707.** Nous ne pouvons alors qu'être d'accord avec la décision de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 avril 2005<sup>1302</sup>, toujours rendue selon la législation d'avant 2004. En l'occurrence, le problème se posait de savoir si les versements faits au titre de la prestation compensatoire versée sous forme de rente devaient entrer dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune. La chambre commerciale a reconnu que c'était à bon droit que la Cour d'appel avait retenu que « malgré son caractère mixte indemnitaire et alimentaire, la prestation compensatoire versée sous forme de rente viagère était assimilée aux créances alimentaires, et qu'insaisissable et incessible, elle était par conséquent privée de valeur patrimoniale » et qu'elle avait alors déclarée que la valeur de capitalisation de prestation compensatoire sous forme de rente ne rentrait pas dans l'assiette de cet impôt. Cette décision est intéressante car elle appuie bien sur le mode de versement de la prestation compensatoire. Elle se distingue ainsi de la décision de la deuxième chambre civile étudiée ci-dessus qui reconnaissait d'une façon générale l'insaisissabilité de la prestation. Dans leurs commentaires sur cette dernière décision, Mme Leborgne et M. Garé considéraient que cette décision devait être approuvée puisqu'elle rejoignait les autres jurisprudences de la Cour et que cette unification allait dans l'intérêt du justiciable. La Cour est depuis revenue sur cette distinction que nous considérons comme souhaitable et, depuis la fin de l'année 2005, différentes décisions<sup>1303</sup>, rendues tant sous l'empire de l'ancien que du nouveau droit, de la Chambre commerciale rendues en matière de procédure collective reprennent la formule selon laquelle la créance née d'une prestation compensatoire a pour partie un caractère alimentaire et qu'elle n'a donc pas besoin d'être déclarée au passif du débiteur soumis à la procédure collective. De même, la première Chambre civile a pu considérer que la prestation compensatoire, quelle qu'elle soit, a pour partie un caractère alimentaire qui empêche qu'une compensation soit opérée entre cette prestation et le versement d'une autre somme à quelque titre que ce soit<sup>1304</sup>. La Cour n'effectue plus la distinction en fonction de la forme de versement de la prestation et on est donc revenu à la jurisprudence ancienne.

---

<sup>1302</sup> Cass. com., 19 avril 2005, *Bull.* IV n°94 p. 99

<sup>1303</sup> Voir Cass. com., 15 novembre 2005, *RJPF* 2006, n°4 p. 18, n. Vauvillé Frédéric, Cass. com., 4 avril 2006, *RTDCiv.* 2006, juillet-septembre, p. 546, n. Hauser Jean. Voir également de façon plus implicite mais toujours concernant la déclaration ou non des prestations compensatoires en cas d'ouverture d'une procédure collective, Cass. com., 13 juin 2006, *RJPF* 2006, n°10 p. 27, n. Valory Stéphane.

<sup>1304</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 2009, non publiée au bulletin. Elle a ainsi considéré que la nature mixte de la prestation compensatoire faisait obstacle à l'octroi de délais de paiement au débiteur, Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2011, *AJ. Fam.* 2012, p. 106, com. David Stéphane.

**708.** Parmi les décisions entretenant la confusion, une décision d'octobre 2007<sup>1305</sup> peut ainsi être retenue. Dans cette affaire, une prestation compensatoire sous forme de rente viagère avait été attribuée à l'épouse. Les conjoints se sont ensuite remariés puis ont divorcé de nouveau. Lors du second divorce, l'épouse demanda de nouveau une prestation compensatoire qui lui fut accordée par le juge de première instance pour un montant inférieur à celui octroyé pour la prestation compensatoire du premier divorce. Monsieur interjeta appel et la Cour d'appel considéra pour sa part que Monsieur était toujours tenu de verser la prestation compensatoire octroyée lors du premier jugement de divorce. L'épouse mit en œuvre une procédure de paiement direct pour le paiement de la première prestation compensatoire et Monsieur saisit le juge de l'exécution afin de faire déclarer caduc l'octroi de la première prestation compensatoire. La Cour d'appel rejeta cette caducité. La Cour de cassation cassa cet arrêt en considérant que « lorsque des époux ont divorcé l'un de l'autre, leur remariage entre eux rend caduque pour l'avenir la prestation compensatoire judiciairement fixée entre eux ». Cette décision ne peut s'expliquer que par le fait que lors du remariage le devoir de secours réapparaît et qu'il remplace donc la prestation compensatoire. Elle assimile ainsi la prestation compensatoire à une obligation alimentaire. La Cour de cassation avec cette décision ne distingue pas entre les deux types de prestations compensatoires et il semble donc que tant la prestation compensatoire versée sous forme de rente viagère que celle versée sous forme de capital avec versements échelonnés cessent avec le remariage des conjoints. La Cour persiste donc à assimiler ces deux types de prestations quant à leur fondement même si elle n'a qu'une portée limitée puisqu'elle se limite au remariage entre conjoints.

**709.** En ne distinguant pas entre les deux types de prestations, ces jurisprudences vont certainement dans le sens de la sécurité juridique souhaitée par beaucoup. Mais est-ce pour autant qu'il faille accepter une jurisprudence qui ne correspond plus à la volonté du législateur ? Nous ne le pensons pas<sup>1306</sup> et suivons les auteurs qui plaident pour une clarification des fondements de la prestation compensatoire, clarification qui pourrait être législative<sup>1307</sup>.

---

<sup>1305</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2007, *D.* 2008 p. 200, n. Raoul-Cormeil Gilles.

<sup>1306</sup> Voir les commentaires de Stéphane David qui soutient également cette position, *op. cit.* p. 143 et 144.

<sup>1307</sup> Voir Le Gach Pech Sophie, « Nouvelle pierre à verser au contentieux de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 2014, n° 36-37 p. 5.

**710.** Le législateur français avait donc, avant tout, adopté la prestation compensatoire de 1975 dans l'objectif d'éviter les problèmes posés par l'ancienne pension alimentaire de l'article 301. Cette première prestation compensatoire avait alors acquis un fondement mixte selon la jurisprudence et les travers de l'ancienne pension alimentaire, en partie liés aux difficultés économiques, sont réapparues. Le législateur est intervenu de nouveau, pour de simples retouches de forme diront certains, pour une véritable réforme de fond selon nous. Il a remplacé la prestation compensatoire unique par deux prestations aux fondements distincts. La première de nature indemnitaire n'est pas sans rappeler la pension alimentaire compensatoire canadienne et avec la dernière réforme tend de plus en plus ouvertement à réparer les préjudices économiques que peuvent subir les époux en raison des choix qu'ils ont pu faire pendant le mariage. La seconde plus alimentaire, perpétue à n'en pas douter le devoir de secours et ne correspond à aucune idée d'indemnisation.

**711.** Tant le Canada que la France ont adopté des institutions à fondements multiples reconnaissant d'une part les préjudices économiques liés aux décisions prises pendant le mariage et d'autre part la nécessité de faire survivre une obligation alimentaire entre ex-époux. Toutefois, ces fondements ne ressortent pas toujours clairement, ce qui n'est pas sans poser des questions et cette confusion dans les fondements peut aussi soulever des problèmes d'interprétation jurisprudentielle et de mise en œuvre de ces institutions. En effet, alors que, par exemple, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de prestation compensatoire est largement suivie et commentée par la doctrine, dans les faits cette prestation compensatoire n'est demandée que dans un dossier de divorce sur cinq et octroyée dans un dossier sur six<sup>1308</sup>. Ce sous octroi peut certainement s'expliquer par des raisons économiques et sociologiques, les épouses travaillant de plus en plus. Mais la complexité du calcul et du régime de ces prestations est peut être également une cause de non recours.

---

<sup>1308</sup> Fulchiron Hugues et Daubricourt Renaud, « La prestation compensatoire, mythes et réalité », *D.* 2010 p. 2170.

## SECTION II : DES MISES EN ŒUVRE DIFFICILES

**712.** La mise en œuvre des prestations compensatoires françaises et des pensions alimentaires canadiennes n'est pas des plus simples. Outre une fixation initiale difficile (I), les juges ont également pu être confrontés à certains problèmes quant à la révision de ces prestations et pensions (II). De plus, après la fixation voire la révision de la prestation compensatoire française et de la pension alimentaire canadienne, se pose le problème du versement effectif de celles-ci et des garanties dont peut jouir le créancier de ces prestations et pension (III).

### § 1. UNE FIXATION INITIALE DIFFICILE

**713.** La législation canadienne ainsi que la législation française ont prévu des dispositions laissant une grande liberté aux juges dans le choix des facteurs pouvant être pris en considération pour la fixation de la pension alimentaire post-divorce entre époux au Canada et la prestation compensatoire française. On retrouve alors, dans ce cas, la possibilité pour les juges d'agir en équité et même si les législateurs ne l'ont pas expressément prévu, le nombre important d'éléments pouvant être pris en compte par les magistrats est la preuve de cette possibilité d'équité<sup>1309</sup>. Ainsi en droit français, après avoir constaté que le divorce crée des disparités<sup>1310</sup> dans les conditions de vie respectives des époux et accepté le fait qu'une prestation compensatoire doit être versée, le juge doit fixer cette prestation selon les besoins de l'époux créancier et des ressources du débiteur « en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible »<sup>1311</sup>. Il est à noter que pour déterminer les besoins et les ressources des époux, le législateur avait décidé en 2005 d'exclure de cette détermination les sommes versées au titre des accidents du travail et celles versées au titre du droit à compensation du handicap. Le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 juin 2014 a considéré que cette disposition instituait « entre les époux des différences de traitement qui ne sont pas en rapport avec l'objet de la prestation compensatoire » et a déclaré cette disposition inconstitutionnelle<sup>1312</sup>. Le juge doit donc

---

<sup>1309</sup> Voir infra les rôles pouvant être joués par l'équité et les cas dans lesquels elle peut intervenir.

<sup>1310</sup> La disparité doit s'apprécier au jour du prononcé du divorce définitif, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 2015 n° 4 à 6 p. 38, com. Darmois Valentine.

<sup>1311</sup> Art. 271 al. 1 et C.civ.

<sup>1312</sup> Conseil constitutionnel, 2 juin 2014, *Dr. Fam.* Juillet 2014, com. 108 de Jean-René Binet, *Dr. Fam.* Décembre 2014 com. 175 de Jean-René Binet ; Thouret Sylvain, « Prestation compensatoire :

désormais prendre en compte tous les besoins et ressources des parties et, pour déterminer cette situation présente et son évolution, doit prendre en considération :

- « - la durée du mariage<sup>1313</sup> ;
- l'âge et l'état de santé des époux, leur qualification et leur situation professionnelle ;
- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint<sup>1314</sup> ;
- le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au 6<sup>ème</sup> alinéa »<sup>1315</sup>

**714.** Le juge doit donc prendre en compte un certain nombre de facteurs, dont la liste n'est pas limitative<sup>1316</sup>, lui permettant de déterminer, dans une certaine mesure, tant le présent que le futur économique des conjoints. Il va alors devoir essayer de déterminer quelles seront demain les ressources du créancier et si elles suffiront pour compenser les iniquités nées à la suite du divorce. Ce travail n'est pas des plus simples et si on peut estimer avec certitude ce qui se passe aujourd'hui, le juge ne pouvant être aidé par une voyante<sup>1317</sup>, il ne lui sera pas facile de déterminer l'avenir prévisible. Il prendra ainsi en considération tous les facteurs proposés par le législateur et tentera d'envisager quelle pourra être la situation économique des époux sans le versement d'une prestation compensatoire<sup>1318</sup>.

---

inconstitutionnalité de l'exclusion de certaines sommes dans la détermination des besoins et des ressources des époux », *AJ. Fam.* 2014 p. 427. La disposition est inconstitutionnelle depuis le 4 juin 2014 et cette inconstitutionnalité a déjà été mise en œuvre par la Cour de cassation, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2014, *AJ. Fam.* 2014 p. 698, note Stéphane David, voir également, Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015 et 11 février 2015, *Dr. Fam.* Mai 2015, com. Binet Jean-René, com. n°88.

<sup>1313</sup> Alors que dans un premier temps la Cour de cassation semblait pencher pour la prise en compte de la durée du concubinage antérieur au divorce, cela n'est plus le cas aujourd'hui, et la Cour de cassation limite la période prise en compte à la seule durée du mariage, voir Cass. civ. 16 avril 2008, *Dr. Fam.* 2008, com. n° 83, Larribau-Terneyre Valérie, voir également Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, *Revue Lamy Droit Civil* 2010, n° 77, note Chauchat-Rozier Guillaume.

<sup>1314</sup> Le juge doit prendre en compte les sacrifices professionnels faits par les époux que ceux-ci aient été ou non décidés en commun accord, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 2015 n° 4 à 6 p. 38, com. Travade-Lannoy Stéphanie.

<sup>1315</sup> Art. 271 al. 2 et s.

<sup>1316</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°797 p. 330.

<sup>1317</sup> Voir Laurent Marie-Gabrielle, « Le rôle du Magistrat », dans *Quelle prestation compensatoire ? Echanges entre magistrats, avocats et notaires*, Centre de recherche juridique de l'ouest, Revue juridique de l'ouest, N° spécial, 1998, p. 69.

<sup>1318</sup> Laurent Marie-Gabrielle, *op. cit.*, p. 70.

**715.** De plus, dans le cadre de cette prévision économique se pose en particulier le problème de la prise en compte de la liquidation du régime matrimonial. En effet, le partage du patrimoine familial et la part que chacun des époux va recevoir de ce patrimoine sont essentiels pour déterminer la situation économique réelle de chacun des ex-conjoints. Mais si ce partage est fondamental, il n'était généralement pas effectué au moment du prononcé du divorce et de l'octroi ou non de la prestation compensatoire. La Cour de cassation<sup>1319</sup> avait aussi affirmé que le juge ne devait pas tenir compte de la part pouvant revenir à chaque époux du fait de la liquidation de celle-ci, ce qui allait à l'encontre même de l'ancien article 272 du Code civil et du lien nécessaire qui devait exister entre la prestation compensatoire et la liquidation du régime matrimonial<sup>1320</sup>. Ce détachement de la fixation de la prestation compensatoire avec la liquidation du régime matrimonial n'était pas sans permettre des fraudes ainsi que le précisait Mme Dekeuwer-Défossez<sup>1321</sup> qui, dans son rapport, préconisait qu'un projet liquidatif soit dressé le plus tôt possible. Le législateur de 2004 a alors considéré que le juge devait prendre en compte le patrimoine estimé ou prévisible des époux et le juge peut désormais, au titre des mesures provisoires, désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial<sup>1322</sup>. De plus, sous peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance des parties doit comporter une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des parties<sup>1323</sup>, proposition qui précise les intentions du demandeur quant à la liquidation de la communauté ou de l'indivision, et, le cas échéant, quant à la répartition des biens<sup>1324</sup>. Dès 2000, le législateur a aussi prévu que les époux fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de revenus, ressources, patrimoines et conditions de vie<sup>1325</sup>, cette déclaration apparaît toutefois de plus en plus facultative<sup>1326</sup>. Malgré tous ces éléments, rien n'oblige les époux à liquider leur régime

---

<sup>1319</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2002, *Dr. Fam.* 2002, com. n°87, n. Lécuyer Hervé, voir également Goffaux Géraldine, « Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire, *Dr. Fam.* 2001, janvier 2001 p. 4.

<sup>1320</sup> Eudier Frédérique, *Droit de la famille*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2003, n°266 p.144.

<sup>1321</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob, 1999.

<sup>1322</sup> Art. 255 al. 10 C.civ., voir également Puygauthier Jean-Luc, « La prestation compensatoire après la réforme du divorce par la Loi du 26 mai 2004 », *JCP N* 2005 I 1001, p. 17.

<sup>1323</sup> Art. 257-2 C. civ.

<sup>1324</sup> Art. 1115 al. 1<sup>er</sup> NCPC.

<sup>1325</sup> Art. 272 C.civ. ; voir également Lienhard Claude, « La déclaration sur l'honneur de l'article 271, alinéa 2, du code civil », *D.* 2000, n°32, point de vue p. V. Cette déclaration a pu amener à différentes questions en particulier concernant sa valeur probante et aux sanctions liés à sa non production, Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°798 p. 331, Lécuyer Hervé, « De la prestation compensatoire en général, et de la déclaration sur l'honneur en particulier, *Dr. Fam.*, avril 2003, chronique n° 11.

<sup>1326</sup> Tisserand-Martin Alice, « Devoir de loyauté et information entre époux divorçant », dans *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Ed. LexisNexis Dalloz 2006, p. 212 et s.

matrimonial au cours de la procédure de divorce ni lors du prononcé du divorce. Le législateur avait souhaité instaurer un « calendrier » obligatoire de liquidation avec un premier délai d'un an courant depuis le prononcé du divorce, suivi d'un délai de six mois le cas échéant prononcé par le juge. Ce dispositif a été considéré comme trop contraignant et a été remis en cause par la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification du droit<sup>1327</sup>. Le juge, s'il dispose d'un projet de liquidation du régime matrimonial, n'a donc toujours pas nécessairement aujourd'hui une vision totale de la situation pécuniaire et patrimoniale complète des époux au moment de la fixation définitive de la prestation compensatoire, ce qui peut apparaître regrettable<sup>1328</sup>.

**716.** Ces différents éléments doivent donc, malgré tout, aider le juge à déterminer avec plus de précisions la prestation compensatoire et à effectuer leur appréciation du présent et de l'avenir de la situation économique de chacun des ex-conjoints. Toutefois, si le législateur souhaitait une fixation et un octroi<sup>1329</sup> objectifs de la prestation compensatoire, tous ces éléments amènent à une appréciation au cas par cas de la situation des époux et il n'existe pas au niveau français de cohérence dans la jurisprudence relative à cette prestation<sup>1330</sup>. De plus, la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle sur le montant des prestations compensatoires et veille seulement à ce que les juges ne fassent pas entrer dans les facteurs pris en compte des éléments indus ou rejettent des éléments qui paraissent légitimes<sup>1331</sup>. Les montants octroyés varient alors fortement d'une cour à une autre et si les magistrats reconnaissent que la fixation de la prestation reste « un art difficile » tant les avocats que les justiciables se plaignent du manque de cohérence dans les fixations des

---

<sup>1327</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°781 p. 318

<sup>1328</sup> Mauger-Vielpeau Laurence, « Fixation de la prestation compensatoire et anticipation du divorce », *Petites Affiches*, 3 juin 2014, p. 33.

<sup>1329</sup> Ou à un refus, refus pour lesquelles les causes peuvent être multiples et plus ou moins objectives : durée du mariage, âge ou santé des époux, et de façon plus subjectives : les choix faits personnels ou communs des époux (le fait de quitter son pays d'origine pour un époux n'entraînera pas toujours le versement d'une prestation compensatoire), voir Kessler Guillaume, « Le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, janvier, étude n° 1.

<sup>1330</sup> Voir les remarques de Brazier Marcel, « Comment se calcule une prestation compensatoire ? », *Gaz. Pal.* 1987 p. 57. Voir également les trois décisions de la Cour de cassation du 15 février 2012 où la Cour précise les éléments à ne pas prendre en compte pour déterminer la disparité des revenus entre les conjoints puis la prestation compensatoire : allocation familiales, loyer perçu au titre du devoir de secours pendant l'instance ou encore revenus locatifs de bien dépendants de la communauté, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, *Dr. Fam.* Avril 2012, com. n° 63, Larribau-Terneyre Virginie. Voir également les décisions de la 1<sup>ère</sup> Chambre de la Cour de cassation des 30 janvier et 6 mars 2013, *Dr. Fam.* Avril 2013, com. n°51, Larribau-Terneyre Virginie, qui déterminent ce qui doit, et ne doit pas, être pris en compte par le juge aux affaires familiales.

<sup>1331</sup> Voir Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2002, p. 626.

montants<sup>1332</sup>. D'après une étude faite sur des premières applications de la prestation compensatoire après la Loi du 30 juin 2000, MM. Guyot et Jeanson<sup>1333</sup> avaient constaté que pour 22 décisions octroyant une prestation compensatoire sous forme de capital, les montants pouvaient aller de 50 000 à 1,5 millions de francs. Selon une autre étude effectuée par la Cour d'appel de Lyon<sup>1334</sup> sur 100 décisions rendues en 2012, les montants variaient également fortement, 18 % des prestations compensatoires versées sous forme de capital étant d'un montant inférieur à 10 000 € et 9 % d'un montant compris entre 100 000 et 200 000 € (une seule prestation était d'un montant supérieur à 200 000 €). Si cette diversité dépend certainement des faits particuliers de chacune des affaires<sup>1335</sup>, les auteurs remarquent tout de même qu'en l'absence de barèmes nationaux, chaque juridiction voire chaque juge a sa propre échelle d'évaluation. Comme le dit Maître Pajot-Marivin : « Il faudra donc, pour l'avocat, essayer d'appréhender la jurisprudence de « son » J.A.F. et de « sa » Cour au moment où il fixe sa demande »<sup>1336</sup>.

**717.** Si les montants varient, on remarque que le juge avait également, jusqu'à 2000, une liberté totale quant au choix du mode de versement de la prestation compensatoire. Il pouvait ainsi choisir entre un versement sous forme de capital ou encore sous forme de rente viagère. Le versement de la prestation compensatoire sous forme de rente fut longtemps privilégié par les magistrats, obligeant ainsi les ex-époux à continuer à avoir des relations pendant de longues années après le divorce. Depuis les réformes de 2000 et de 2004, cette forme de prestation ne doit plus être qu'exceptionnelle et ne peut être octroyée par le juge qu'en raison de l'âge ou de l'état de santé du débiteur<sup>1337</sup> et à la demande de celui-ci

---

<sup>1332</sup> David Stéphane, « La fixation de la prestation compensatoire », *AJ. Fam.* 2007 p. 108.

<sup>1333</sup> Guyot Jean Claude et Jeanson Georges, *Prestations compensatoires, Premières applications de la Loi du 30 juin 2000*, Ed. Dalloz, 2002, p. 64.

<sup>1334</sup> Antippas J., Bidaud-Garon C., Bernand Y., de Boysson B., Jannot J., Molière A., Panet A. Et Tétard S., *Etude de jurisprudence chiffrée relative à la prestation compensatoire, Cour d'appel de Lyon du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2012*, Centre de droit de la famille, 2013, p. 77.

<sup>1335</sup> Deux décisions récentes illustrent alors bien cette diversité aussi bien dans les faits que dans les montants : ainsi un mannequin dont le mari avait des revenus élevés a pu obtenir 3 millions de prestations compensatoires après 12 ans de vie commune (Cour d'appel de Paris, 8 avril 2014, *Dr. Fam.* juillet 2014, com. 109, com. Binet Jean-René) alors qu'une épouse qui s'était occupé de son conjoint âgé comme une véritable aide soignante avait obtenu 5 000 € après 5 années de vie commune (Cour d'appel de Montpellier, 7 janvier 2014, *Dr. Fam.* Juillet 2014, com. 110, com. Binet Jean-René).

<sup>1336</sup> Pajot-Marivin Marie-Armelle, « Le rôle de l'avocat », dans *Quelle prestation compensatoire ? Echanges entre magistrats, avocats et notaires*, Centre de recherche juridique de l'ouest, Revue juridique de l'ouest, N° spécial, 1998, p. 45, et plus particulièrement p. 55.

<sup>1337</sup> Art. 276 C.civ. On remarque que dans un premier temps (à la suite de la réforme de juin 2000) les tribunaux ont continué à accorder la prestation compensatoire sous forme de rente (Voir, par exemple : CA Rennes, 29 janvier 2001, CA Rennes, 30 octobre 2000, CA Nîmes, 7 mars 2001, *Dr. fam.* 2001 n°81, n. Lécuyer Hervé ; CA Nîmes, 30 août 2000, CA Paris, 15 novembre 2000, *Petites Affiches*, 6 avril 2001 n°69, p. 18, n. Massip Jacques, voir également Bosse-Platière Hubert, *JCPG* 2001 I 293). Toutefois MM. Guyot et Jeanson remarquaient dès



uniquement<sup>1338</sup>. Le versement sous forme de capital est désormais le principe, mis en œuvre le plus souvent par la jurisprudence<sup>1339</sup>. Il peut être versé sous forme pécuniaire ou par l'attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit<sup>1340</sup>. Le jugement accordant le droit de propriété opère alors une cession forcée en faveur du créancier. Il s'agit là d'une véritable expropriation pour cause d'utilité privée<sup>1341</sup> qui peut alors être très mal vécue par le débiteur, en particulier lorsque les biens cédés sont des biens familiaux dont il a hérité. Le législateur de 2004 a alors prévu que pour les biens qu'il a reçus par succession ou donation, le débiteur doit donner son accord<sup>1342</sup>. Toutefois, cette limitation ne vaut que pour un nombre de biens limités et le Conseil constitutionnel, dans une décision du 13 juillet 2011<sup>1343</sup>, a alors émis une réserve d'interprétation générale sur l'attribution d'un bien en pleine propriété en considérant qu'une telle attribution n'était possible, quel que soit l'origine du bien, qu'à la condition qu'elle soit subsidiaire. En application de cette réserve d'interprétation, la Cour de cassation<sup>1344</sup> a alors cassé l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui avait opportunément calculé une valeur de la prestation compensatoire égale à la moitié de l'immeuble commun des époux et ainsi octroyé la part en pleine propriété du mari à son épouse en versement de la prestation compensatoire. La Cour de cassation a ainsi rappelé que, selon la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, l'attribution en pleine propriété d'un bien d'un époux débiteur ne peut être conforme à la constitution qu'à la condition qu'elle soit une modalité subsidiaire du versement de la prestation, ce qui n'était pas, selon elle, le cas en l'occurrence. Le juge ne peut ainsi utiliser une telle attribution que si le versement en numéraire est impossible ou, a minima, insuffisamment garanti. Cela ne paraissait donc pas être le cas en l'occurrence. La Cour

---

2002 et avec l'étude de 27 décisions rendues sous l'empire de la nouvelle que sur ces 27 décisions : 22 soit 81% accordaient une prestation compensatoire sous forme de capital, 4 soit 15% octroyaient une prestation compensatoire sous forme de rente viagère et 1, soit 4%, refusait toute prestation (Guyot Jean Claude et Jeanson Georges, *Prestations compensatoires, Premières applications de la Loi du 30 juin 2000*, Ed. Dalloz, 2002, p. 62). On constate donc une inversion des chiffres par rapport à ceux qui existaient avant la réforme de 2000, chiffres selon lesquels la prestation compensatoire était octroyée dans 60% sous forme de rente seule et 20% sous forme de capital seul (Belmokhtar Z., *Les divorces en 1996, Une analyse statistique des jugements prononcés*, Etudes et statistiques justice, Ministère de la Justice, 1999, p. 69).

<sup>1338</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, *Petites affiches* 24 janvier 2014 p. 9, com. Hisquin Jean-Marie.

<sup>1339</sup> Voir les « revues mensuelles » sur les prestations compensatoires dans les dernières pages de la revue *AJ Fam.*

<sup>1340</sup> Art. 274 C.civ.

<sup>1341</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°800 p. 332.

<sup>1342</sup> Art. 274, 2<sup>o</sup> C.civ.

<sup>1343</sup> Conseil constitutionnel, décision n°2011-151 du 13 juillet 2011, *Dr. Fam.* 2011, com. 148 de Virginie Larribeau-Terneyre.

<sup>1344</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2014, *Dr. Fam.* Juillet 2014, com. 107 de Jean-René Binet.

européenne des droits de l'homme<sup>1345</sup> a confirmé la position du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation en juillet 2014. Considérant que le droit français l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme, article garantissant le respect des biens, elle a appuyé sur le caractère subsidiaire de l'attribution d'un bien en pleine propriété au titre de la prestation compensatoire et sur la nécessité pour les juges de caractériser l'absence d'autres moyens efficaces<sup>1346</sup>.

**718.** La possibilité d'octroyer un bien en pleine propriété à titre de prestation compensatoire si elle apparaît aujourd'hui plus limitée, est néanmoins intéressante car elle est plus favorable fiscalement pour le créancier de se voir céder un bien personnel du débiteur qu'un bien commun. Ainsi alors que les droits de mutation sont d'un droit fixe ou de la taxe de publicité foncière lorsqu'il s'agit d'un bien propre du créancier, ils sont de 2,5 % du montant des biens lorsqu'il s'agit de biens communs ou indivis<sup>1347</sup>. La tendance pour les juges, et malgré la décision du Conseil constitutionnel, serait donc, lorsqu'il s'agit d'octroyer un bien à titre de prestation compensatoire, de choisir un bien propre du débiteur. Avec les décisions de 2014 de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme, ils devront justifier plus en détails une telle attribution. Le débiteur manquant souvent de liquidités, les juges sont souvent amenés à devoir chercher d'autres moyens de paiement de la prestation que le versement d'un capital. À côté de l'attribution en pleine propriété d'un bien, la législation prévoit toujours la possibilité pour le juge de fractionner le paiement de ce capital sous forme de versements périodiques sur une durée maximum de huit ans<sup>1348</sup>. Le juge français dispose ainsi de différentes solutions pour le mode de versements de la prestation compensatoire ce qui lui laisse une liberté importante et va à l'encontre d'une possibilité d'homogénéisation du droit de la prestation compensatoire.

---

<sup>1345</sup> CEDH, 5<sup>ème</sup> section, 10 juillet 2014, *Milhau c. France*, *Dr. Fam.* Octobre 2014, alerte 46 de Vincent Egéa. Marguénaud Jean-Pierre, « L'attribution forcée d'un bien propre à l'ex-conjoint au créancier à l'épreuve de l'article 1 du Protocole 1 », *RTDCiv.* 2014 p. 841, Hauser Jean, « Prestation compensatoire et transfert de propriété : la CEDH, le nouveau Zorro du droit de la famille, s'en mêle ? », *RTDCiv.* 2014 p. 869.

<sup>1346</sup> Cette position a depuis été réitérée par la Cour de cassation, Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 avril 2015, *RJPF* 2015/6 p. 27 note Garé Thierry.

<sup>1347</sup> Article 748 du Code général des impôts ; Depondt Axel, « La fiscalité dans le divorce : les points d'actualité », *Droit & Patrimoine.* Novembre 2007, p. 54. Voir également Hauser Jean, Delmas Saint-Hilaire Philippe, « Fascicule 10 : effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire. Dommages et intérêts », *Jurisclasseur*, septembre 2011, Fleuriot Caroline, « La fiscalité de la prestation compensatoire », Ed. *Dalloz Actualité*, 25 septembre 2012, Depondt Axel, « Fiscalité de la prestation compensatoire sous forme de capital au titre de l'impôt sur le revenu », *AJ Famille* 2013, p. 620.

<sup>1348</sup> Art. 275 C.civ.

**719.** En droit canadien, les juges ont une liberté similaire, et, pour fixer la pension alimentaire, doivent également prendre en compte toute une série de facteurs et d'objectifs<sup>1349</sup>. Ils doivent ainsi tenir 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 de l'autre des époux<sup>1350</sup> ».

**720.** Ils doivent en outre prendre en considération les objectifs cités précédemment qui visent :

- à prendre en compte les avantages ou les inconvénients économiques qui découlent, pour les époux, du mariage ou de son échec ;
- à répartir entre les époux les conséquences économiques qui découlent du soin de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge ;
- à remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause ;
- à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable<sup>1351</sup>.

**721.** Depuis *Bracklow*, il est certain que le juge dispose d'une grande discrétion tant en ce qui concerne la détermination du droit, du montant ou encore de la durée de la pension alimentaire<sup>1352</sup>. Le juge peut ainsi prendre en considération pour la fixation de la pension, et ceci de manière non limitative, l'âge des parties, la durée de la vie commune, la présence d'enfants à charge, le *modus vivendi* pendant la vie commune, l'état de santé, ou encore le dénuement financier<sup>1353</sup>. Il semble toutefois qu'aujourd'hui ce soient essentiellement les notions de besoins et de moyens qui guident les juges dans leur fixation de la pension

---

<sup>1349</sup> Laviolette Nicole et Audet Julie, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 281 et s.

<sup>1350</sup> Art. 15.2 (4) de la Loi sur le divorce. Voir Harvey Sylvie, « Chapitre V – L'obligation alimentaire », dans *Personnes, Famille et Successions*, Collection de droit 2014-2015, 2014 p. 223. Voir également Wilton Ann C. et Semple Noel, *Spousal Support in Canada*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Carswell, 2013, p. 57 et s.

<sup>1351</sup> Art. 15.2 (6) de la Loi sur le divorce. Voir Lasalle Raymonde, Perreault Stéphanie et Sokol Magdalena, Fascicule 24 – Mesures accessoires – Obligation alimentaire entre ex-conjoints », *Jurisclasseur Personnes et familles*, 2012, n° 18, p. 12 et s.

<sup>1352</sup> Payne Julien D., « An Overview of Theory and Reality in the Judicial Disposition of Spousal Support Claims Under the Canadian Divorce Act », [2000] 63 *Sask. L. Rev.* 404, p. 420 et s. Voir Rogerson Carol, « Spousal Support Post-*Bracklow* : The Pendulum Swings Again ? », 19 *C.F.L.Q.* 185, p. 212

<sup>1353</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 679.

alimentaire<sup>1354</sup>. La notion de besoins loin d'être claire pose des problèmes à de nombreux avocats et juges qui estiment que « la nature fortement discrétionnaire des lois actuelles touchant les pensions alimentaires pour époux a engendré trop d'incertitude et d'imprévisibilité »<sup>1355</sup>. Mme Rogerson et M.Thompson considèrent, pour leur part, que « La philosophie actuelle en matière de pensions alimentaires pour époux est caractérisée par un processus décisionnel individualisé et une absence de règles »<sup>1356</sup> et la Cour d'appel du Québec a elle-même reconnu cette grande liberté des juges<sup>1357</sup>. Aujourd'hui des situations tout à fait similaires peuvent amener à des résultats fort différents. Les avocats eux-mêmes ne sont pas capables de déterminer à l'avance le montant de la pension alimentaire et certains époux renoncent purement et simplement à demander une telle pension<sup>1358</sup>.

**722.** De même qu'en droit français, les juges ont le choix entre accorder la pension alimentaire sous forme de rente ou de capital, de somme forfaitaire. Cette dernière, à l'instar du capital en France avant les réformes de 2000 et de 2004, n'est toutefois pas la règle. Elle peut, par exemple être octroyée afin de réaliser un *clean break* entre les parties, afin d'inciter l'époux créancier à devenir autonome ou encore pour éviter la dilapidation ou le camouflage de certains biens par le débiteur<sup>1359</sup>. Elle peut aussi être versée à titre de complément de la pension pour empêcher des versements périodiques trop élevés mais aussi pour garantir le paiement de cette pension. Enfin la somme forfaitaire peut être accordée pour répondre à un objectif, ce qui sera en particulier le cas lorsqu'elle sera octroyée pour permettre au créancier de racheter des droits de retraite ou d'acheter une maison<sup>1360</sup>. Il est possible de demander à ce que la somme forfaitaire soit payée sous forme d'un droit de propriété. Toutefois, bien que possible, cette solution n'est acceptée que frileusement par les tribunaux<sup>1361</sup>. D'une façon générale l'attribution d'une somme forfaitaire dépend essentiellement du pouvoir discrétionnaire du juge. Elle ne peut avoir pour objectif de redistribuer les patrimoines des

---

<sup>1354</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – ébauche d'une proposition*, Ministère de la justice Canada, 2005, p. 10.

<sup>1355</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.* p. 10.

<sup>1356</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – ébauche d'une proposition*, Ministère de la Justice Canada, 2005, p. 10.

<sup>1357</sup> *R.B. c. N.A.* (C.A., 2004-03-22), *SOQUIJ AZ-50226784*, J.E. 2004-815, [2004] *R.D.F.* 257

<sup>1358</sup> Voir Grassby Miriam, « Two Incomes Couples : Presumption of Need for the Lower Income Spouse », [2004] 20 *Can. J. Fam. L.* 321.

<sup>1359</sup> Tétrault Michel, *op. cit.* p. 722 et s. Voir également Payne Julien D. et Payne Marylin A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p.222 et s.

<sup>1360</sup> <sup>1360</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis 2006, n°307 et s. p. 422 et s.

<sup>1361</sup> Tétrault Michel, *op. cit.*, p. 718 et s., voir également *Droit de la famille – 1614*, [1992] *R.D.F.* 337.

époux après la dissolution du régime matrimonial et doit respecter les objectifs de la Loi sur le divorce et répondre à certains besoins impératifs du créancier.

**723.** La fixation initiale de la prestation compensatoire française ou de la pension alimentaire entre ex-époux canadienne est donc loin de faire l'objet d'une jurisprudence unifiée et elle est laissée à la seule appréciation du juge. Toutefois si la décision initiale de fixation pouvait être facilement révisée, il serait possible de réparer a posteriori une erreur d'évaluation. Ce n'est néanmoins pas le cas et de même que la fixation initiale de la prestation ou de la pension peut poser un problème, il en est de même avec la modification de celles-ci.

## § 2. DES REVISIONS COMPLIQUEES

**724.** La question de la révision de la prestation compensatoire française ou de la pension alimentaire canadienne entre ex-époux n'a pas toujours été des plus simples à régler. En effet si l'on considère que cette prestation ou pension est purement indemnitaire, sa fixation initiale doit être définitive, l'indemnisation tant dans son principe que dans son quantum étant fixée définitivement au moment du jugement de divorce. Mais, nous l'avons vu, la prestation compensatoire française et la pension alimentaire canadienne n'ont pas comme seul fondement un fondement compensatoire ou indemnitaire. Ces multiplicités de fondement amènent alors à compliquer le système de révision de ces pension et prestation, même s'il apparaît aujourd'hui que le droit français tend à se clarifier (A) ce qui n'est pas le cas du droit canadien (B).

### **A. Vers une clarification des conditions de révision de la prestation compensatoire : l'exemple français**

**725.** Une des caractéristiques de la prestation compensatoire française est son caractère forfaitaire<sup>1362</sup>. En 1975, ce caractère forfaitaire était essentiel puisqu'il reproduisait bien la volonté du législateur de limiter les conséquences du divorce à une durée très courte après le prononcé de celui-ci. Toutefois, le législateur français en 1975 avait également prévu que « elle [la prestation compensatoire] ne peut être révisée même en cas de changement

---

<sup>1362</sup> Ancien art. 273 C.civ. aujourd'hui art. 270 al. 3 du code civil, voir également Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2002, p. 612, Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006, n°411 p. 609, Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°808 p. 335.

imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité »<sup>1363</sup>. La révision semblait donc possible dans des cas exceptionnels et cette idée correspondait également à celle selon laquelle la rente devait être octroyée de façon exceptionnelle. Mais, les magistrats accordaient largement les prestations sous forme de rente et l'exceptionnelle gravité aurait alors dû être interprétée de façon large par les juges. Ce ne fut pas la solution retenue par la Cour de cassation qui interpréta très strictement ce texte<sup>1364</sup>. Ainsi, l'état de chômeur ou de bénéficiaire du RMI (revenu minimum d'insertion) n'ouvrait pas automatiquement un droit à révision<sup>1365</sup>. La crise économique qui est apparue à partir des années 80, a alors posé d'importants problèmes pour les débiteurs de ces prestations versées sous forme de rente et les demandes de révision furent de plus en plus nombreuses et donc très souvent refusées. Des associations de débiteurs de prestation compensatoire dans le besoin se mirent alors en place et réclamèrent une réforme du droit de la prestation compensatoire<sup>1366</sup>.

**726.** Cette réforme intervint avec la loi relative à la prestation compensatoire en matière de divorce du 30 juin 2000<sup>1367</sup>. Cette loi, tout en modifiant dans une certaine mesure le, ou plutôt les fondements de la prestation compensatoire, a également remis en cause les modalités de révision de la prestation compensatoire. Depuis cette réforme, il est en effet nécessaire de distinguer entre la prestation compensatoire versée sous forme de capital et celle versée sous forme de rente.

**727.** La réforme de 2000 a renforcé le fondement indemnitaire de la prestation versée sous forme de capital en interdisant toute révision du montant du capital et ceci que la prestation ait été fixée par convention entre les parties ou par le juge. Les parties peuvent seulement demander un rééchelonnement des versements de ce capital dans le temps que ce soit pour augmenter la durée pendant laquelle seront versés les versements ou, au contraire, pour permettre un règlement anticipé du solde<sup>1368</sup>. La révision du montant de la prestation compensatoire versée sous forme de capital ne pose donc plus de problème puisqu'elle est impossible et répond alors à la nature indemnitaire de cette prestation.

---

<sup>1363</sup> Anc. art. 273 2<sup>ème</sup> phrase C.civ.

<sup>1364</sup> Voir Eudier Frédérique, *Droit de la famille*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2003, n°282 p.152.

<sup>1365</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 mars 1997, *D.* 1998 som. p. 242.

<sup>1366</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.* n°810 p. 336.

<sup>1367</sup> Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 sur la prestation compensatoire en matière de divorce.

<sup>1368</sup> Art. 275 al. 2. C.civ.

**728.** Ce n'est en revanche pas le cas de la prestation compensatoire versée sous forme de rente qui, elle, conformément à la logique du législateur de 2000 peut être révisée en cas de « changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties »<sup>1369</sup>. Cette possibilité de modification en fonction des besoins et des ressources n'est pas alors sans rappeler la pension alimentaire existant entre ascendants et descendants, même si, dans le cas de la prestation compensatoire versée sous forme de rente, le juge ne peut par le biais de la révision déterminer un montant pour la rente supérieur à celui fixé initialement lors de la décision de divorce<sup>1370</sup>. Cette disposition s'applique aussi aux prestations compensatoires sous forme de rentes viagères fixées avant son entrée en vigueur<sup>1371</sup>. La loi n° 2015-177 du 16 février 2015<sup>1372</sup> a complété l'article 33 VI de la loi de 2004 et la révision de telles prestations pourra être possible en tenant compte de la durée du versement de la rente et du montant déjà versé, et ceci même en l'absence de changement important dans les ressources ou les besoins des parties, dès lors que le maintien procurerait un avantage manifestement excessif au créancier au regard des critères plus restrictifs de la fixation de la prestation compensatoire sous cette forme. Cette nouvelle disposition consacre alors la jurisprudence déjà existante sur le sujet<sup>1373</sup>.

**729.** Cette règle relative à la modification de la rente viagère vaut pour les prestations compensatoires fixées par le juge. Lorsque la prestation compensatoire a été fixée par les parties dans le cadre d'une convention trois possibilités s'ouvrent alors à eux. Ils peuvent tout d'abord conclure une nouvelle convention qui sera ensuite homologuée par le juge<sup>1374</sup>. Ils peuvent également prévoir dans la convention initiale que la prestation compensatoire pourra être révisée par le juge à la demande de chacun des époux « en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre partie »<sup>1375</sup>. Enfin, chacun des époux pourra demander soit la révision de la rente viagère fixée par convention soit une modification des modalités de paiement du capital dans les mêmes conditions que lorsque la prestation compensatoire a été fixée par le juge c'est à dire en vertu

---

<sup>1369</sup> Art. 276-3 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

<sup>1370</sup> Art. 276-3 al. 2 C.civ.

<sup>1371</sup> *Loi 2004-439 du 26 mai 2004* ainsi que Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 avril 2005, *Bull. I* n° 195.

<sup>1372</sup> *Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires antérieures*, article 7.

<sup>1373</sup> Peterka Nathalie, « Clarifications et reculs du droit des personnes et de la famille. – A propos de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 », *JCP G.* 2015, 2 mars 2015, n° 9 p. 243, voir également Binet Jean-René, « Moderniser le divorce : pas si simple », *Dr. Fam.* Avril 2015, Repère n° 4.

<sup>1374</sup> Art. 279 al. 2 C.civ.

<sup>1375</sup> Art. 279 al. 3, voir également Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°814 p. 339.

des articles 275 et 276-3 du Code civil<sup>1376</sup>. Ainsi un des époux pourra demander une modification du montant de la rente viagère en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties. Avec l'introduction de cette dernière possibilité ouverte aux époux, le législateur a ainsi reconnu l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il était possible pour les conjoints de demander la révision de la prestation compensatoire prévue conventionnellement si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité<sup>1377</sup>. De plus, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a admis la possibilité pour les conjoints de modifier conventionnellement la prestation compensatoire fixée par le juge et même d'y renoncer conventionnellement ultérieurement à la décision, au moment de la liquidation de la communauté<sup>1378</sup>.

**730.** La Loi du 30 juin 2000, suivie en la matière par celle du 26 mai 2004, a rendu plus simple le droit en matière de révision de la prestation compensatoire. La situation est conforme au fondement indemnitaire de la prestation versée sous forme capital et d'une grande clarté. Ce n'est en revanche pas le cas de la pension alimentaire canadienne qui pose plus de problèmes.

### **B. Des questions encore en suspens : la révision de la pension alimentaire canadienne**

**731.** Le problème de la révision de la pension alimentaire entre ex-époux s'est également posée en droit canadien. De même qu'en droit français, les montants ne doivent pas être fixés selon des tables déterminées<sup>1379</sup>. De plus les juges peuvent fixer la pension tant sous forme de rente temporaire ou viagère que sous forme de somme globale<sup>1380</sup>. En ce qui concerne la révision de la pension alimentaire, l'ancien article 11 paragraphe 2 de la Loi sur le divorce de 1968 prévoyait que « Une ordonnance rendue en conformité du présent article peut être modifiée à l'occasion ou révoquée par le tribunal qui l'a rendue s'il l'estime juste et appropriée compte tenu de la conduite des parties depuis que l'ordonnance a été rendue ou de tout changement dans l'état ou les facultés de l'une des parties et des autres circonstances

---

<sup>1376</sup> Art. 279 al. 3 C.civ.

<sup>1377</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 février 1985, *D.* 1986, p. 452, note Potiron Gérard, *JCP G.* 1986 II 20580, note Lindon Raymond et Bénabent Alain, voir également Leveneur Laurent, *Leçons de droit civil, La famille*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Monchrestien, 1995, n°1514 p. 794.

<sup>1378</sup> CA Aix-en-Provence, 2 mars 2006, *Dr. Fam.* 2007, janvier p. 38.

<sup>1379</sup> Même si nous verrons ultérieurement que des méthodes de calcul existent.

<sup>1380</sup> Art. 15.2 (2) L.D.



dans lesquelles elles se trouvent ». Cette disposition fut modifiée par la Loi sur le divorce de 1985.

**732.** Nous le verrons les nouveaux textes semblent ouvrir relativement largement le droit à la révision de la pension alimentaire. Toutefois l'interprétation jurisprudentielle de ces textes ne fut pas des plus simples. Afin d'étudier les évolutions jurisprudentielles en la matière, nous distinguerons la révision des ordonnances alimentaires (1), puis le cas particulier des ententes alimentaires passées entre conjoints au moment du divorce (2) avant d'étudier le cas particulier de ce que l'on nomme au Canada le *double dipping* (3).

### 1. *La révision des ordonnances alimentaires*

**733.** L'article 17(1) de la loi sur le divorce permet au juge de modifier, suspendre ou annuler rétroactivement ou pour l'avenir une ordonnance alimentaire sur demande des deux ex-époux ou d'un seul d'entre eux. Toutefois le tribunal ne peut exécuter une telle modification que lorsqu'il s'est assuré qu'il existe un changement dans les ressources, les besoins et d'une façon générale dans la situation de l'un ou de l'autre des époux depuis la dernière ordonnance (initiale ou non)<sup>1381</sup>.

**734.** Mais tout changement ne doit pas amener à une révision de l'ordonnance alimentaire. La Cour suprême, dans la décision *Willick c. Willick* a décidé que cette révision ne pouvait être prononcée que si les changements sont d'une ampleur telle « qu'ils rendent l'ordonnance initiale non pertinente ou périmée »<sup>1382</sup>. Concrètement, si les faits invoqués au soutien de la demande avaient été connus au moment de l'ordonnance initiale, celle-ci aurait-elle été différente ?<sup>1383</sup> S'il est répondu positivement à cette question, l'ordonnance pourra être modifiée. Il est à noter que la mauvaise foi ou l'irresponsabilité du débiteur ou du créancier<sup>1384</sup> peuvent amener à écarter le changement et donc à refuser la demande de révision.

---

<sup>1381</sup> Art. 17 (4.1) L.D. Voir aussi Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 282 et s. Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis 2006, n°310 p. 432.

<sup>1382</sup> *Willick c. Willick*, [1994] R.C.S. 670, voir également *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370.

<sup>1383</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.* p. 433.

<sup>1384</sup> Comme par exemple le débiteur ou le créancier qui abandonne prématurément un emploi sur un coup de tête sans égard à ses obligations familiales ou en dépit de celles-ci, *R.J. c. J.F.*, [2003] R.J.Q. 2367.

**735.** Si le changement est suffisamment important (il doit être suffisant et significatif ou substantiel), le tribunal doit procéder à une réévaluation de l'ensemble de la situation des parties en fonction des objectifs prévus à l'article 17 (7) de la Loi sur le divorce, ces objectifs étant similaires à ceux prévus dans la loi pour l'ordonnance initiale soit :

- prendre en compte les avantages et les inconvénients économiques qui découlent pour les ex-époux du mariage ou de son échec ;
- 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 ;
- remédier à toute difficulté économique que l'échec du mariage leur cause ;
- favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de chacun d'eux dans un délai raisonnable.

**736.** Ce n'est qu'après étude de ces objectifs qu'il révisera ou non la pension. Effectivement, et par exemple, toute augmentation des besoins du créancier n'entraîne pas une hausse de la pension. Ce ne sera le cas que s'il est prouvé que l'augmentation est liée au mariage ou à son échec<sup>1385</sup>. De même le changement de situation familiale du débiteur ou du créancier (remariage, concubinage, arrivée d'un nouvel enfant pour le débiteur...) n'aura pas pour conséquence automatique une telle révision<sup>1386</sup>. L'écoulement du temps n'implique pas non plus un changement de circonstances susceptibles de permettre d'obtenir la révision de l'ordonnance alimentaire<sup>1387</sup>. Cela pourrait toutefois être le cas si la créancière a dû mettre à profit cette période pour obtenir son indépendance<sup>1388</sup>.

**737.** Enfin, la Loi sur le Divorce elle-même limite la possibilité pour le tribunal de modifier l'ordonnance alimentaire. En effet, ce dernier ne peut réviser une ordonnance alimentaire avec une durée déterminée ou dont la durée dépend d'un événement précis, lorsque l'échéance du terme est passée ou que l'événement est survenu, que s'il est convaincu des faits suivants :

- « l'ordonnance modificatrice s'impose pour remédier à une difficulté économique causée par un changement visé au paragraphe (4.1) et lié au mariage ;

---

<sup>1385</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.* p. 438.

<sup>1386</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.* p. 438 et s.

<sup>1387</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *op. cit.* p. 488.

<sup>1388</sup> Voir, par exemple, *Droit de la famille – 3418*, [2000] *R.D.F.* 593 (C.A.)

- la nouvelle situation, si elle avait existé à l'époque où l'ordonnance alimentaire au profit d'un époux ou la dernière ordonnance modificatrice de celle-ci a été rendue, aurait vraisemblablement donné lieu à une ordonnance différente »<sup>1389</sup>.

**738.** L'ordonnance alimentaire fixée par le juge peut donc être révisée en cas de changement suffisamment important et à condition que la nouvelle pension réponde aux objectifs fixés par la loi. Mais dans le cas où les époux ont eux-même fixé la pension alimentaire par le biais d'une entente, peuvent-ils également demander à ce que la convention soit révisée en cas de changement important ?

## 2. *La révision des ententes alimentaires*

**739.** La Cour suprême du Canada dans la *Trilogie*<sup>1390</sup> rendue en application de la Loi de 1968, a tout d'abord adopté une vision restrictive de la possibilité de révision de ces ententes alimentaires passées par les époux au moment du divorce. Dans le cadre de ces trois décisions, la Cour a ainsi décidé que, afin d'encourager la responsabilité des parties et de favoriser la rupture nette entre celles-ci, les modalités des pensions alimentaires fixées dans le cadre des ententes passées entre les époux devaient être conservées à moins que l'une des parties n'apporte la preuve d'un changement radical et imprévisible dans sa situation financière et que ce changement tire directement son origine du mariage<sup>1391</sup>. Elle a ainsi reconnu la nécessité de faire prévaloir les conventions entre parties mais aussi le fait que c'est l'indépendance économique des époux à la suite du divorce qui doit avant tout être à l'origine de la décision du juge. L'exigence d'un lien de causalité strict entre le changement et le mariage a eu pour conséquence de limiter la possibilité de révision de la pension alimentaire entre ex-époux dans le cas où les époux ont fixé les conditions de cette pension par convention.

**740.** Si la décision *Moge*<sup>1392</sup> fut certainement essentielle dans la reconnaissance de la pension alimentaire compensatoire et le fait que le principe du *clean break* devait être prédominant, elle n'a pas pour autant réglé le problème de la révision des pensions

---

<sup>1389</sup> Article 17(10) de la *Loi sur le divorce*

<sup>1390</sup> Les trois décisions constituant cette trilogie sont *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, voir sur le sujet Pilon Suzanne, « La trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints et ex-conjoints », [1987] *R.D.F.* 533.

<sup>1391</sup> Voir Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 733 et s., dans cette édition, M. Tétrault étudie toute l'évolution de la jurisprudence en la matière.

<sup>1392</sup> *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813

alimentaires fixées par convention et a simplement précisé que la *Trilogie* s'appliquait aux seules conventions entre ex-époux. La décision *L.G. c. G.B.*<sup>1393</sup> qui l'a suivi est alors apparue comme une étape en la matière. Si le Juge Sopinka, qui représentait l'opinion majoritaire, a refusé de réviser l'ordonnance alimentaire initiale qui découlait d'une convention entre les parties sans s'interroger sur le bien fondé de la *Trilogie* et de sa survie sous l'empire de la nouvelle loi sur le divorce, la Juge L'Heureux-Dubé, dans sa dissidence, a en revanche remis en cause cette *Trilogie*. Elle a considéré que si celle-ci pouvait s'appliquer sous l'empire de l'ancienne Loi sur le divorce de 1968, elle ne devait plus jouer sous l'empire de la nouvelle Loi de 1985. L'entente alimentaire, selon l'honorable Juge, ne devait constituer qu'un élément parmi ceux pris en compte par le juge et ne devait alors pas avoir un traitement différencié. L'existence d'une convention entre les parties ne devait donc pas avoir pour conséquence d'empêcher systématiquement toute révision. Cette dissidence fut suivie par quelques tribunaux inférieurs<sup>1394</sup>.

**741.** A la suite de ces décisions, la Cour suprême est de nouveau intervenue le 17 avril 2003 avec la décision *Miglin c. Miglin*<sup>1395</sup>. Dans cette affaire, les parties s'étaient mariées en 1979, séparées en 1993 et avaient divorcé en 1996. Quatre enfants étaient nés de cette union. Après s'être rencontrées à la Banque Toronto Dominion où tous les deux travaillaient, les parties s'étaient mariées et le couple avait acquis un centre de villégiature en 1984. Elles étaient actionnaires à parts égales dans l'hôtel. M. Miglin s'occupait des affaires financières et commerciales de l'hôtel pendant que Madame veillait à son fonctionnement quotidien. Au moment de la séparation, M. et Mme Miglin recevaient chacun un salaire annuel de 80 500 \$ pour leur travail à l'hôtel. Mme Miglin s'est essentiellement occupée des enfants et lorsque les enfants furent en âge d'aller à l'école faisait des aller et retour entre l'hôtel et Toronto. Après la séparation, chacun des conjoints a engagé un avocat indépendant et après 15 mois de discussion les parties ont signé un accord de séparation en date du 1<sup>er</sup> juin 1994. Le foyer conjugal de Toronto ainsi que l'hôtel ont été estimés chacun à 500 000 \$. L'accord prévoyait que Mme Miglin renonçait à sa moitié de l'hôtel et que M. Miglin lui laissait en contrepartie, sa moitié de la maison. M. Miglin acceptait, de plus, d'assumer la responsabilité exclusive de l'hypothèque grevant le foyer conjugal. Bien que les deux époux aient conservé la responsabilité parentale des enfants, la résidence principale de ces derniers

---

<sup>1393</sup> *L.G. c. G.B.*, [1995] 3 R.C.S. 367, voir également Roy Alain, « La Cour suprême se prononce sur le poids des ententes alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137, p. 141.

<sup>1394</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 738.

<sup>1395</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] 34 *R.F.L.* 255.

est prévue chez Mme Miglin et M. Miglin devait lui verser 1250 \$ par enfant et par mois soit un total de 60 000 \$ par an. M. et Mme Miglin avaient renoncé dans la convention à tout droit à des aliments versés par l'autre conjoint et à tout droit sur les régimes de pensions et les successions. L'accord contenait également une entente de consultation selon laquelle Mme Miglin s'occuperait de la mise à jour de la liste de distribution, du bulletin d'information annuel ou encore de la publicité de l'hôtel pour un salaire annuel de 15 000 \$ avec une majoration annuelle sur le coût de la vie. Le contrat, assorti d'une option de renouvellement par consentement mutuel, avait une durée de cinq ans.

**742.** Le jugement de divorce fut prononcé le 23 janvier 1997. Il resta muet sur la question des aliments au profit des enfants et des conjoints de même que sur la garde des enfants et les droits de visite. A la suite de la signature de la convention, les époux réussirent à conserver des relations amicales et à aménager les responsabilités parentales mais ces relations se sont ensuite détériorées. Mme Miglin a obtenu une ordonnance interdisant à son ex-mari de se présenter à l'école des enfants, cette ordonnance fut ensuite remise en cause. M. Miglin n'a pas renouvelé son accord pour le contrat de consultation. Mme Miglin a demandé en juin 1998 la garde exclusive des enfants et des aliments à son profit et à celui des enfants.

**743.** Le Juge de première instance de la Cour supérieure de l'Ontario<sup>1396</sup> a considéré que dans le cadre d'une action en mesure accessoire fondée sur l'article 15 de la Loi de 1985, le tribunal doit seulement déterminer si l'accord est conforme aux principes et objectifs sociaux prévus à l'article 15.2(6) de la Loi sur le divorce. Il a alors mis en valeur que l'accord de séparation est inéquitable, que l'entente de consultation était une « pension alimentaire à peine déguisée » et constatant que M. Miglin avait un revenu annuel de 200 000 \$, a accordé à Mme Miglin une pension alimentaire mensuelle d'un montant de 4400 \$ pendant 5 ans. Mme Miglin n'ayant plus la garde que de trois des quatre enfants, il a modifié la pension alimentaire en faveur des enfants et a accordé une pension mensuelle de 3000 \$ calculée en fonction des lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.

**744.** La Cour d'appel de l'Ontario<sup>1397</sup>, sous la plume de la Juge Abella, considérant que la jurisprudence de la Trilogie ne s'appliquait plus, a proposé un nouveau test en deux

---

<sup>1396</sup> *Miglin c. Miglin*, (1999) 3 R.F.L. (5th) 106

<sup>1397</sup> *Miglin c. Miglin*, (2001) 53 O.R. (3d) 641, pour des commentaires de cette décision: Menear Mike, « *Miglin v. Miglin – Judicial Assault on Individual Liberty* », [2002-2003] 20 C.F.L.Q. 119, Boulby Sarah, « Radical

étapes. Au cours de la première étape, les parties devaient apporter la preuve qu'il y avait eu un changement important depuis la signature de la convention. L'exigence de changement étant respectée, la seconde étape consistait à fixer le nouveau montant de la pension alimentaire en fonction des critères et objectifs de la Loi sur le divorce. La juge considérait alors qu'il y avait eu un changement important dans la situation des parties, les responsabilités parentales de Mme Miglin ayant augmenté par rapport à ce qui était prévu initialement. La Juge étant d'accord avec la vision du premier juge selon laquelle l'entente de consultation était une pension alimentaire à peine déguisée, elle a confirmé le premier montant de la pension fixée par le juge et annulé la limite de cinq ans. Les salaires de M. Miglin étant de plus inférieurs à ceux retenus dans la première décision, le montant de la pension alimentaire des enfants a été réduit de 3000 à 2767 \$.

**745.** Le mari a fait appel de la décision de la Cour d'appel devant la Cour suprême et c'est alors que la question de la valeur à octroyer à une convention entre conjoints fut de nouveau posée devant la Cour suprême, 16 ans après les décisions de la *Trilogie*.

**746.** L'Honorable Juge Bastarache, qui a rendu la décision au nom de la majorité, a considéré que la loi et la société ayant évolué, la jurisprudence de la *Trilogie* n'était plus applicable. Le Juge Bastarache a toutefois limité la possibilité pour le juge de remettre en cause les conventions passées entre les parties en élaborant une démarche en deux étapes.

**747.** Dans un premier temps, le tribunal devait s'intéresser à la convention en elle-même ainsi qu'au passé et aux circonstances qui ont entouré la conclusion de cette convention. Il se posait alors la question de la vulnérabilité d'un des époux au moment de l'entente et du fait de savoir si l'autre époux a profité de cette vulnérabilité<sup>1398</sup>. Il devait aussi apprécier les circonstances ayant entouré la signature de la convention comme, par exemple, la présence ou non d'un avocat. Il devait ensuite analyser si la convention respectait les facteurs et les objectifs fixés par la loi sur le divorce et correspond au partage équitable des conséquences économiques du mariage et de son échec<sup>1399</sup>.

---

Change to Radical Uncertainty : Spousal Support in an Era of Incertitude », [2002] 17 *Money & Family Law* 1, Blackwell Susan, "Spousal Support After *Miglin*: An Era Of "Material Change", [2001] 16 *Money & Family Law* 84.

<sup>1398</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 477.

<sup>1399</sup> *Miglin c. Miglin*, (2001) 53 O.R. (3d) 641, n°84.

**748.** Dans une seconde étape, le juge devait apprécier si l'époux demandeur avait prouvé que l'accord ne reflétait plus l'intention initiale des parties et si l'accord était toujours conforme aux objectifs de la loi sur le divorce. Un changement était alors nécessaire, il n'avait pas été prévisible<sup>1400</sup>. La Cour suprême semblait donc écarter la nécessité d'un changement radical tel que cela avait été prévu dans la *Trilogie*. Le changement, s'il ne devait toutefois pas être imprévisible, devait amener à une situation intolérable pour les parties<sup>1401</sup>. De plus, le juge doit être convaincu que l'intervention et le degré de ce changement étaient justifiés<sup>1402</sup>.

**749.** La modification d'une entente alimentaire n'apparaissait donc pas des plus simples au Canada et la priorité était donnée à la volonté des époux. La jurisprudence québécoise semblait suivre les balises mises en place par la Cour suprême<sup>1403</sup>. Toutefois, comme le faisait remarquer M. Pineau et Mme Pratte, elle n'hésitait pas à s'en écarter pour arriver à un résultat plus équitable en particulier en raison du caractère exceptionnel de la situation ou en raison d'un changement considéré comme imprévisible. Pour sa part, la révision d'une pension alimentaire fixée par ordonnance par le juge, sans convention entre les parties, était plus simple en vertu du seul article 17 de la Loi sur le divorce. Le plus souvent ce changement était motivé par une modification des ressources du débiteur ou du créancier ou par une modification de leur situation familiale<sup>1404</sup>.

**750.** C'est ainsi que la Cour suprême a retenu cette utilisation de l'article 17 de la Loi sur le divorce dans le cadre d'une demande de modification d'une entente alimentaire homologuée par le juge dans les arrêts *L.M.P. c. L.S.*<sup>1405</sup> et *R.P. c. R.C.*<sup>1406</sup> de 2011<sup>1407</sup>. Dans la première décision, l'épouse qui souffrait d'une sclérose en plaque avait obtenu une pension alimentaire suite au divorce, pension octroyée sans terme. Son ex-mari, quatre ans après le

---

<sup>1400</sup> Voir Goubau Dominique, « Respect des ententes alimentaires, l'affaire *Miglin* : la cour suprême donne une nouvelle vigueur aux ententes alimentaires », *Collection du juriste* - mai 2003, p. 1, et plus particulièrement p. 4.

<sup>1401</sup> *Miglin c. Miglin*, *op. cit.* n°88, p. 383. voir également Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 861.

<sup>1402</sup> Voir Roy Alain, « La Cour suprême se prononce sur le poids des ententes alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137, p. 147.

<sup>1403</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis 2006, n°318 et s. p. 464 et s. Voir également Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 283 et s. Voir également, pour une analyse de la jurisprudence suite à la décision *Miglin* et jusqu'à décembre 2011, Rogerson Carol, « Spousal Agreements and the Legacy of Miglin », [2013] 31 *C.F.L.Q.* 13.

<sup>1404</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *op. cit.*, n°310 et s. p. 430 et s.

<sup>1405</sup> *L.M.P. c. L.S.*, [2011] 3 R.C.S. 775.

<sup>1406</sup> *R.P. c. R.C.*, [2011] 3 R.C.S. 819.

<sup>1407</sup> Voir Lam Vanessa, « *L.M.P. v. L.S. and R.P. v. R.C.* : Revisiting the Issue of Spousal Variation and Material Change », [2012] 24. *Ont. B. A. R.* 2 ; Siemiarczuk Marta, « Family Law : L.M.P changes landscapes for support agreements », 30 janvier 2012 ; Schmitz Cristin, « Top court maps out approach to support changes », *The Lawyers Weekly*, 23 janvier 2012.

divorce, demandait à ce que la pension soit réduite puis ultimement supprimée. Les juges de première instance avaient considéré que l'épouse pouvant travailler, la pension devait être progressivement réduite puis cessée. L'épouse s'était donc pourvue devant la Cour suprême. Dans la seconde affaire, une pension alimentaire avait été octroyée à l'épouse en 1991. Suite à son départ en retraite, l'époux demandait à ce qu'elle soit réduite puis cessée, ce qui fut accepté par la Cour d'appel. De même que dans la première affaire, l'ex-épouse s'adressait à la Cour suprême. Dans ces deux affaires, la Cour suprême est revenue vers le test du changement significatif posé dans l'arrêt *Willick c. Willick*<sup>1408</sup> pour la modification des ordonnances alimentaires (hors convention) et non plus du changement imprévisible de l'arrêt *Miglin c. Miglin*. La modification d'une entente fixant une pension alimentaire homologuée redevient alors plus simple. Pour M. Tétrault<sup>1409</sup>, la Cour suprême a « déboulonné » l'arrêt *Miglin* et lui a fait perdre de son importance. Elle aurait également fait perdre une part de son poids à l'entente entre conjoints, poids et importance qui étaient défendus par l'opinion minoritaire dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.* Il convient néanmoins de limiter cette position puisque seules les conventions homologuées par le juge pourraient être plus simplement modifiées, les ententes non homologuées restant soumises pour leur modification au test de *Miglin*<sup>1410</sup>. De plus, pour Madame Rogerson<sup>1411</sup>, il est nécessaire de distinguer entre les ordonnances provisoires et les ordonnances et règlements définitifs, seuls ces derniers étant soumis à la décision *Miglin*. Cette position a été reprise par la Cour d'appel du Québec dans la décision *Droit de la famille – 132380*<sup>1412</sup> de septembre 2013. Dans cette affaire, Madame, qui avait quitté son emploi suite à la naissance des enfants, était devenue coactionnaire de l'entreprise de son époux lorsque celui-ci l'avait créée et s'était également occupée de la comptabilité de cette entreprise. Après vingt de mariage, les époux se sont séparés en 2007 et Madame a obtenu le versement d'une pension alimentaire pour elle et ses enfants. La pension fut prévue dans le cadre d'une entente homologuée par le juge. Les époux ont conclu une nouvelle convention en 2009, convention qui sera homologuée en décembre 2010. Cette convention prévoyait que la pension perçue, d'une durée limitée à 2015, par Madame ne pourrait pas être modifiée dans le cas où Madame gagnerait des revenus supplémentaires mais que, en revanche, une telle modification pourrait intervenir en cas de changement significatif dans les

---

<sup>1408</sup> *Willick c. Willick*, [1994] 3 RCS 670.

<sup>1409</sup> Tétrault Michel, « De choses et d'autres en droit de la famille », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation continue du Barreau du Québec 2013, Ed. Yvon Blais, p. 290.

<sup>1410</sup> Voir Epstein Philip, « Variation – L.M.P. v. L.S. Revisited – Section 17 of the Divorce Act Explained », *Newsletter Family*, 9 avril 2014.

<sup>1411</sup> Rogerson Carol, op. cit. p. 64.

<sup>1412</sup> *Droit de la famille – 132380*, 2013 QCCA 1504.



revenus de Monsieur et hors de son contrôle. Au cours de l'année 2010, Monsieur qui avait dénigré la société pour laquelle il travaillait a été licencié et a perdu une part importante de ses revenus. Il demandait alors la révision de la convention homologuée en 2010. Se fondant sur la décision *L.M.P. c. L.S.*, la Cour d'appel a rejeté sa demande et a considéré que Monsieur n'avait pas prouvé un changement important depuis l'homologation de la seconde convention, en décembre 2010. Cette décision québécoise semble donc renforcer l'interprétation de la décision de la Cour suprême *L.M.P. c. L.S.* et la possibilité pour les juges d'ordonner la modification d'une entente alimentaire homologuée en cas de changement important et non pas de changement imprévisible. Elle redonne également plus de pouvoir aux magistrats. Au Canada, la décision de l'avocat de faire ou non homologuer l'entente pourrait avoir une grande importance dans l'avenir, puisqu'elle déterminera dans quelles conditions pourra être modifiée cette entente.

**751.** Une autre spécificité du droit canadien demeure également : celui du *double dipping* ou de la « double ponction ».

### 3. *Le double dipping*

**752.** Au Québec, avant l'adoption du projet de loi 146 instaurant le patrimoine familial, l'époux non bénéficiaire de la pension de retraite ne pouvait espérer avoir un droit sur celle-ci. Chacun des époux conservait individuellement son droit à la retraite et les droits du conjoint survivant en cas de décès du bénéficiaire étaient limités au conjoint toujours marié et cohabitant avec le *de cujus* lors de la disparition de celui-ci. Les conjoints divorcés, séparés de corps ou dont le mariage avait été annulé, ne pouvaient espérer obtenir une pension de réversion ou une partie de la retraite de leur époux ou ex-époux.

**753.** Le projet de loi 146 a instauré des règles relatives au partage des régimes de retraite<sup>1413</sup>. L'article 415 alinéa 2 du Code civil prévoit ainsi qu'entrent dans le patrimoine familial « les droits accumulés durant le mariage au titre du régime de retraite ». Le Code précise ensuite quels sont les régimes concernés particulièrement par cette disposition. Tel

---

<sup>1413</sup> Voir n°329 et s.

que souligné précédemment et ainsi que le font remarquer Mme Burman et M. Pineau<sup>1414</sup>, il s'agit quasiment de tous les régimes de retraite.

**754.** L'inclusion des régimes de retraite accumulés pendant le mariage implique que ceux-ci seront partagés du moins en valeur à moitié entre les deux conjoints lors de la dissolution du mariage ou la séparation de corps. Cela répond bien à l'idée selon laquelle les économies accumulées pendant le mariage doivent être partagées entre les époux en contrepartie de leur collaboration commune au fonctionnement et à l'enrichissement de la famille.

**755.** Le partage du régime de retraite peut concrètement s'effectuer de deux façons. Les époux peuvent tout d'abord faire en sorte que le conjoint bénéficiaire conserve l'intégralité de sa pension, son conjoint recevant l'équivalent du régime sous forme de biens ou d'une somme d'argent.

**756.** Il est aussi possible d'effectuer un partage conditionnel de la pension. Les époux déclareront ainsi que le régime sera partagé lors du versement de la pension et que le conjoint recevra donc la moitié de la pension (ou tout du moins la moitié de ce qui correspond à ce qui a été accumulé pendant le mariage) lors du versement de celle-ci par l'organisme de retraite.

**757.** Le partage du régime de retraite peut permettre également à l'un des conjoints d'obtenir les moyens nécessaires pour vivre dans l'avenir mais la pension alimentaire qu'elle soit compensatoire, non compensatoire ou contractuelle peut permettre d'arriver au même résultat et le partage du régime de retraite des époux peut avoir des répercussions sur l'attribution d'une pension alimentaire à l'un d'entre eux mais également sur la modification ultérieure de cette pension de retraite.

**758.** Il est tout d'abord important de constater que le partage du patrimoine familial est la première opération faite par le juge après avoir déclaré le divorce. Ce partage intervient avant même la dissolution du régime matrimonial et le partage des biens et surtout

---

<sup>1414</sup> Burman Danielle et Pineau Jean, *Le « patrimoine familial » (projet de loi 146)*, Ed. Thémis, Montréal, 1991, page 64. Pour une analyse détaillée des régimes de retraite concernés et une explication détaillée de la procédure de partage voir Anfousse Suzanne, « Le partage d'un régime de retraite lors d'une séparation de corps ou d'un divorce », (1990) 50 *R. du B.* 1049.

l'attribution d'une pension alimentaire au profit de l'un des époux. Le juge, lors de l'examen d'une demande de pension alimentaire, a donc déjà connaissance des biens, des sommes et des droits que les époux ont reçus à la suite du partage de ce patrimoine et de la liquidation du régime matrimonial. Afin d'octroyer ou non cette pension, le juge doit, outre les objectifs prévus à l'article 15.2(6) L.D., tenir compte d'un certain nombre de critères dont les ressources et les moyens de chacun des époux<sup>1415</sup>. Ainsi s'il apparaît au juge qu'au regard du partage du patrimoine familial et de la liquidation du régime matrimonial, les époux disposent de moyens nécessaires pour assurer leur avenir, il peut décider de ne pas accorder de pension. La situation est différente si l'épouse n'a pas travaillé ou travaillé temporairement. Si les époux ont prévu de partager le régime de retraite lui-même et que l'épouse, par exemple, doit recevoir la moitié ou un peu moins de la pension de retraite de son mari au moment de la retraite de ce dernier, ne reçoit-elle pas elle aussi en quelque sorte une pension de retraite et son avenir n'est-il pas assuré par le versement de celle-ci ? Si nous considérons qu'il s'agit bien en l'occurrence d'une pension de retraite, particulière puisque l'épouse n'a pas directement cotisé pour mais y a droit en raison du travail qu'elle a fourni pour l'entretien du foyer et l'éducation des enfants, on pourrait alors considérer que l'objectif fixé par le juge est atteint au jour où cette pension est versée et que la pension alimentaire n'est plus nécessaire.

**759.** La loi sur le divorce de 1985 permet au juge d'octroyer une pension alimentaire avec un terme. Les calculs actuariels permettent de déterminer précisément le montant de la pension de retraite versée à l'un ou aux deux époux en fonction de l'argent accumulé dans le cadre du régime pendant le mariage. On peut très bien penser que le juge au vu de ce montant va considérer que la partie de la pension de retraite est alors suffisante pour permettre à l'époux de vivre convenablement et va fixer un terme à la pension alimentaire au jour du premier versement de la pension de retraite. Le professeur McLeod considère même que dans le cadre d'un partage du régime de retraite, les époux sont tenus de faire fructifier le capital qu'ils ont reçu dans le cadre du partage du patrimoine familial afin de pouvoir subvenir à leurs besoins jusqu'à ce que la pension de retraite soit versée<sup>1416</sup>.

**760.** Comme nous avons déjà pu le remarquer le partage du régime de retraite peut également s'effectuer, d'une seconde façon, par l'octroi de biens ou de fonds d'un montant

---

<sup>1415</sup> Article 15.2(4) L.D.

<sup>1416</sup> Commentaires du Professeur James McLeod sous la décision *Shadbolt, Shadbolt c. Shadbolt*, (1997) 32 R.F.L. (4th) 253.

égal à celui du régime de retraite. Le problème de la possibilité d'un terme à la pension alimentaire ne se posera alors pas comme cela peut être le cas dans le cadre d'un partage conditionnel. Le juge, lors de la demande d'octroi de la pension alimentaire, se contente de regarder les patrimoines des deux époux et de voir si conformément aux objectifs de la loi sur le divorce, une pension alimentaire doit être versée au conjoint qui subit les inconvénients du mariage ou du divorce. Néanmoins, un problème peut se poser lors de la retraite du conjoint et certains parlent alors du problème de la double ponction ou « double dipping » en anglais. En effet, le conjoint débiteur de la pension alimentaire lorsqu'il prend sa retraite continue à verser la pension. Or les fonds, ou tout du moins la plupart de ceux-ci, sont des fonds qui ont déjà fait l'objet d'un partage entre les époux et certains débiteurs considèrent ainsi qu'ils versent pour la seconde fois les mêmes fonds à leur épouse.

**761.** Les tribunaux québécois semblaient rejeter cette idée de double paiement et considéraient que les revenus de retraite du débiteur devaient être inclus dans le calcul des ressources du débiteur au même titre que les autres revenus de ce dernier<sup>1417</sup>. Les Cours des provinces anglophones et plus particulièrement les Cours de l'Ontario avaient, au contraire, eu à intervenir sur ce problème particulier de la double indemnisation. Elles avaient souvent montré leur volonté d'éviter celle-ci et considéraient que la pension alimentaire devait être payée sur la portion de pension de retraite que le conjoint débiteur avait mise de côté depuis le divorce<sup>1418</sup>.

**762.** La Cour suprême, en juillet 2001, a défini dans la décision *Boston c. Boston*<sup>1419</sup> les règles à suivre pour régler ce problème de double indemnisation. Les époux Boston ont été mariés pendant trente six ans. Mme Boston est restée au foyer pendant que monsieur faisait une carrière dans l'enseignement. Lors du divorce, madame a obtenu des biens pour un montant de 370 000 \$ et monsieur recevait lui l'équivalent de 385 000 \$ (dont 333 329 \$ correspondant à la valeur de sa pension de retraite). De plus, une pension alimentaire d'un

---

<sup>1417</sup> Voir Parent Nicole, « Effet de la retraite et de la préretraite sur le paiement de la pension alimentaire à l'ex-conjointe : une revue de la jurisprudence des dix dernières années », dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1999), 261, et plus particulièrement page 295.

<sup>1418</sup> Voir en particulier *Shadbolt c. Shadbolt*, [1997] 32 R.F.L. (4th) 253 (C. Ont. (Div. Gén.)).

<sup>1419</sup> *Boston c. Boston*, [2001] 17 R.F.L. (5th) 4, commentée par le Professeur James McLeod, [2001] 17 R.F.L. (5th) 7, Behrendt Jeffrey, « No Double Dipping », [2002-2003] 27 (3) *L.Now.* 14, Lasalle Raymonde et Perreault Stéphanie, « L'arrêt Boston révolutionne-t-il le droit de la famille ? », dans *Développements récents en droit familial*, Ed. Yvon Blais, 2002, p. 209. Voir aussi Payne Julien D. et Payne Marylin A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 290 et s.

montant mensuel de 3200 \$ a été attribuée à l'épouse. Lors de sa retraite M. Boston a demandé que le montant de la pension alimentaire soit réduit.

**763.** Le juge de première instance a considéré que l'épouse devait tirer de ses biens les moyens pour constituer une pension de retraite. Le juge a refusé donc la double indemnisation et a réduit de façon importante la pension. En revanche la Cour d'appel a cassé cette décision et a mis en valeur le fait qu'il fallait non pas regarder s'il y a ou non double indemnisation mais plutôt envisager, de même que pour toute modification de la pension alimentaire entre ex-époux, qu'il existe un changement suffisant pour entraîner la modification de cette pension.

**764.** La Cour suprême devait donc trancher s'il fallait ou non prendre en considération le problème de la double indemnisation et, dans le cas où l'on accepterait de tenir compte de celle-ci, s'il fallait accepter de diminuer le montant d'une pension alimentaire pour éviter cette double indemnisation et obliger ainsi un époux à gérer adéquatement ses biens afin de devenir indépendant. Le Juge Major, qui a rendu la décision au nom de la majorité, a considéré qu'il y avait lieu de s'interroger sur le problème de la double indemnisation et de se demander quelle était la nature des pensions de retraite. Ainsi, ces pensions sont-elles des biens ou des revenus ? L'existence même du partage du patrimoine familial et de la prise en considération de ces pensions dans le cadre de ce partage peut amener à penser qu'il s'agit de biens. La Cour considère alors que le conjoint créancier doit dans la mesure du possible faire fructifier ses biens afin de subvenir à ses besoins et ne peut demander au débiteur alimentaire de lui payer une pension en faisant lui-même diminuer ses propres biens. Mais, cette solution ne vaut que pour une pension alimentaire compensatoire et l'honorable Juge Major considère que cela ne vaut pas pour une pension alimentaire non compensatoire dont l'objectif est essentiellement alimentaire. De plus, cette volonté d'éviter une double indemnisation et de permettre au conjoint créancier de ne recevoir une pension que sur la seule partie de la pension de retraite correspondant à la période postérieure au mariage, ne peut intervenir que dans la mesure du possible. Dans certains cas, il pourrait en effet paraître inéquitable voire impossible pour un époux créancier d'obtenir les ressources nécessaires à sa vie quotidienne en faisant fructifier les biens qu'il a reçus lors du partage du patrimoine familial et de la liquidation du régime matrimonial. En l'occurrence, Madame disposait d'un actif important alors que Monsieur ne détenait que peu d'actifs en dehors de sa

pension de retraite. Ce dernier voit sa pension diminuer fortement et est dans l'obligation de faire fructifier ses biens.

**765.** M. le Juge Lebel, dans sa dissidence, considère pour sa part que la pension de retraite est un revenu comme les autres et qu'il ne faut pas prendre en considération le fait qu'elle ait été ou non incluse dans le partage du patrimoine familial. Il aurait été plus juste, selon lui, d'appliquer les règles classiques de modification des pensions alimentaires en l'occurrence et d'apprécier s'il était intervenu ou non un changement suffisant pour entraîner la modification de la pension.

**766.** Cette décision de la Cour suprême a marqué une avancée importante dans les liens qui peuvent exister entre la modification de la pension alimentaire et les règles de partage des régimes de retraite. A la suite de cette décision, on pouvait se demander si les tribunaux, en voulant éviter au maximum le problème de la double indemnisation, ne risquaient pas de diminuer systématiquement voire même de faire disparaître une pension alimentaire au jour de la retraite du conjoint débiteur. L'application des règles de droit commun de la pension alimentaire aurait alors été préférable et moins défavorable au conjoint créancier.

**767.** De plus, même si le Juge Major laissait la possibilité aux juges de permettre la continuation du versement de la pension alimentaire à son montant initial, les magistrats étaient toutefois dans l'obligation d'apprécier la gestion des biens faite par l'époux créancier. Qu'est une gestion raisonnable ? Peut-on obliger un époux à vendre sa maison, à la louer afin d'en tirer les moyens nécessaires à sa vie quotidienne ? De plus, comme nous le fait remarquer M. le Professeur McLeod<sup>1420</sup>, les avocats doivent désormais regarder de plus près les biens partagés entre les époux. L'époux débiteur aura tout intérêt à laisser à son conjoint les biens susceptibles de faire l'objet de placement afin de pouvoir lors de sa retraite demander une réduction de la pension qu'il verse en soutenant qu'il y a double indemnisation et que, de plus, son ex-conjoint n'a pas fait les démarches nécessaires pour faire fructifier ses biens. La pension alimentaire dont le but initial était de dédommager le conjoint pour les inconvénients qu'il subit à la suite du mariage et de l'organisation des rôles au sein de celui-ci, ne serait alors plus que l'objet de calculs faits par le débiteur afin d'éviter de la payer le

---

<sup>1420</sup> McLeod James G., Note sous *Boston c. Boston*, [2001] 17 R.F.L. (5th) 4.

plus tôt possible. Il n'était pas certain que cela soit conforme à la philosophie sous-jacente de cette pension et à une des raisons de sa création qui était, ne l'oublions pas, d'aider les épouses dans le besoin. Des problèmes de calcul se posaient enfin et il pouvait sembler compliqué de déterminer le nouveau montant de la pension alimentaire en tenant compte du montant de la pension de retraite accumulée pendant le mariage par rapport à l'intégralité de celle-ci<sup>1421</sup>.

**768.** Quelle est la portée de cette décision aujourd'hui ? L'analyse de la jurisprudence des provinces anglophones montre que l'exception est devenue progressivement la règle<sup>1422</sup> et nonobstant la règle posée dans l'arrêt *Boston*, la majorité des décisions refuse d'accepter l'existence d'un *double dipping*. Ainsi trois mois seulement après cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Meiklejohn c. Meikeljohn*<sup>1423</sup> a jugé que la règle générale posée dans la décision *Boston* et destinée à combattre le *double dipping* ne s'appliquait pas en l'occurrence. Dans cette affaire, les parties avaient été mariées pendant 23 ans et la femme dépendait économiquement de son mari. Le mari prit sa retraite plus tôt et gagna donc moins que prévu, il résilia sa couverture sociale et son assurance vie, ce qui eut également des conséquences sur la diminution de ses ressources. La Cour considéra que l'épouse qui avait reçu la maison au moment du divorce n'avait pas agi déraisonnablement en la conservant, que, de plus, la pension avait été sous-évaluée au moment du divorce, que la règle du *double dipping* ne s'appliquait pas et que l'épouse devait continuer à recevoir une pension alimentaire mensuelle de 1200\$. La Cour de première instance de l'Ontario refusa également de mettre en œuvre cette règle du *double dipping* dans *Walker c. Walker*<sup>1424</sup> en arguant que la créancière avait agi raisonnablement, que son mari avait la capacité de payer et que l'épouse continuait de souffrir de difficultés économiques en raison de la rupture du mariage. Quant aux autres Cours inférieures, elles semblent suivre la même voie et n'admettent que rarement une diminution de la pension alimentaire sur le fondement du *double dipping*<sup>1425</sup>. Selon M. Howie il apparaît qu'aujourd'hui la règle du *double dipping* posée par la décision *Boston* s'appliquera dans le cadre d'un mariage dans

---

<sup>1421</sup> Voir Dibben Ben, « Ramifications of *Boston v. Boston* Decision », *Money & Family Law* 2002 p. 75. Voir également pour des exemples de calcul Norton J.M., « *Boston v. Boston – An Actuarial Perspective* », *Money & Family Law* 2001 p. 61.

<sup>1422</sup> Voir Davies Christine, « The Ever-Changing Picture of Support and Other Developments », [2002-2003] 20 *C.F.L.Q.* 231, p. 237.

<sup>1423</sup> *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] 19 *R.F.L.* (5th) 167, [2001] O.J. N°3911.

<sup>1424</sup> *Walker c. Walker*, [2001] 19 *R.F.L.* (5th) 443.

<sup>1425</sup> Voir Howie Jason P., « *Boston v. Boston* : What is the Rule and What is the Exception », *Money & Family Law* 2004 p. 43.

lequel les parties se sont séparées avant la retraite, lorsque l'époux créancier aura reçu un capital ou des biens pour le partage de la pension de retraite, si la plus grande partie de la pension a été accumulée au cours du mariage, s'il n'y a pas eu d'amélioration notable du plan de pension depuis le divorce, si la pension a été correctement évaluée, si le débiteur a pris sa retraite au moment prévu lors du divorce et si l'époux créancier n'a plus besoin de l'argent de la pension pour vivre. On le voit la règle du *double dipping* nécessite donc un certain nombre de conditions qui font que généralement elle n'intervient que de façon exceptionnelle, devient plutôt l'exception que la règle et est, de toute façon, laissée à la discrétion des magistrats<sup>1426</sup>.

**769.** Au Québec, toutes ces conditions ont également comme conséquence de laisser une grande liberté aux juges et les tribunaux québécois pourront tant maintenir que diminuer voire annuler une pension alimentaire entre conjoints<sup>1427</sup>.

**770.** En droit français, si le départ à la retraite ne constitue pas en principe une cause de modification de la prestation compensatoire, un départ anticipé pourrait toutefois être pris en compte si ce départ est le résultat de problème de santé, non prévu lors de la fixation de la prestation compensatoire sous forme de rente<sup>1428</sup>. Mais d'une manière plus générale, un problème similaire à celui qu'on connaît au Québec pourrait se poser dans la mesure où l'article 271 du Code civil dans son dernier alinéa prévoit que le juge doit prendre en compte pour la fixation de la prestation compensatoire la situation respective des époux en matière de pension de retraite. Selon M. Pierre-Jean Claux, il apparaît que cette prise en compte se fait souvent de manière sommaire<sup>1429</sup>. En France, la question qui se pose est donc avant tout celle de la prise en compte en tant que telles des pensions de retraite au moment de la fixation de la prestation compensatoire, plutôt que celle de la révision de cette prestation au moment de la retraite du débiteur. M. Claux, pour sa part, considère qu'il serait préférable de prendre en considération le régime de retraite dans le cadre du partage du régime matrimonial, comme cela est le cas au Québec avec le partage du patrimoine familial, plutôt que dans le cadre de la fixation de la prestation compensatoire. Il considère ainsi que, suivant le régime adopté par les

---

<sup>1426</sup> Tétrault Michel, *Droit de la Famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 880.

<sup>1427</sup> Voir Schirm Sylvie, « La pension alimentaire après la retraite selon *Boston c. Boston* : avis au lecteur », Repères, Avril 2007, EYB2007REP580. Voir également Voir Harvey Sylvie, « Chapitre V – L'obligation alimentaire », dans *Personnes, Famille et Successions*, Collection de droit 2014-2015, p. 250 et s.

<sup>1428</sup> Hauser Jean, Delmas Saint-Hilaire Philippe, « Fascicule 10 : effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire. Dommages et intérêts », *Jurisclasseur*, septembre 2011.

<sup>1429</sup> Claux Pierre-Jean, « Retraite et divorce », *AJ. Fam.* 2002 p. 278.



époux, l'époux non bénéficiaire de la pension de retraite jouirait soit d'un droit de créance soit d'une récompense naissant en faveur de la communauté.

**771.** Si les époux étaient mariés sous un régime de séparation de biens, c'est alors un droit de créance en faveur du conjoint non bénéficiaire qui apparaîtrait. En effet, selon la jurisprudence<sup>1430</sup> et en vertu de l'article 220 du Code civil, les cotisations d'assurance vieillesse constituent une dette ménagère et donc commune aux époux. Si cette dette est commune, le droit sur l'actif payé avec cette dette est donc lui-même commun et le conjoint pourrait donc en théorie demander la moitié des droits de l'assurance vieillesse acquis pendant le mariage, ou, du moins, la moitié de ce qui avait été versé pendant l'union. Une compensation pourrait se faire alors de façon plus ou moins proportionnelle suivant les droits versés par chacun des époux pour son propre régime.

**772.** Dans le cas d'un régime de communauté, les revenus des conjoints pendant le mariage étant communs aux époux mais la retraite étant un droit personnel à son titulaire, une récompense est alors envisageable au profit de la communauté. Cette solution a d'ailleurs été reprise par la Cour de cassation dans le cadre d'une décision relative à un contrat de retraite complémentaire. La 1<sup>ère</sup> Chambre civile a ainsi reconnu dans une décision de mai 2006<sup>1431</sup> que l'époux était redevable d'une récompense, les cotisations du contrat de retraite ayant été payées par la communauté et les droits nés du contrat de retraite complémentaire ne devant bénéficier qu'à Monsieur. La Cour a conclu qu'« il devait être tenu compte dans les opérations de partage de la valeur du contrat au jour de la dissolution de la communauté ». La valeur du contrat de retraite complémentaire ou des droits à la retraite devra donc être calculée au jour de la dissolution et réintégrée à la communauté, le montant de la récompense due par l'époux bénéficiaire à la communauté étant égal à cette valeur.

**773.** Ces solutions proposées par M. Claux, et retenues en partie par la Cour de cassation pour prendre en compte les droits de retraite accumulés pendant le mariage, nous paraissent très intéressantes et permettent de reconnaître d'une façon efficace un droit sur la retraite de son conjoint pour l'époux qui a sacrifié ou limité sa carrière pour s'occuper du foyer et des enfants. Elles ne sont alors pas sans rappeler la philosophie du patrimoine familial et du partage des droits à la retraite au Québec lors de la dissolution du régime matrimonial et

---

<sup>1430</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1991, *JCP N* 1992, II 201, obs. Wiederkehr Georges.

<sup>1431</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mai 2006, *Bull.* 2006 I 259, p. 226.

non au moment du calcul de la pension alimentaire canadienne. Bien que l'octroi d'une prestation compensatoire sous forme de rente viagère soit de plus en plus rare, si les propositions de M. Claux étaient mises en œuvre, il n'est pas impossible de penser qu'un jour la question d'un possible *double dipping* pourrait également se poser en France. Les solutions jurisprudentielles canadiennes pourraient alors inspirer soit le législateur soit les juges français.

**774.** La mise en œuvre tant de la prestation compensatoire française que de la pension alimentaire entre ex-époux canadienne n'est donc pas des plus simples. Les dispositions législatives dans les deux pays ne prévoient pas de méthodes de calcul précises pour les juges et on constate ainsi aujourd'hui une grande hétérogénéité entre les tribunaux dans les deux pays quant au montant des pensions et prestations octroyées. Si, suite à cette première fixation, on se rend compte que le montant voire la durée de la pension sont inadaptés, le problème de la révision de la prestation compensatoire ou de la pension alimentaire entre ex-époux se pose. La France a dernièrement éclairci sa législation en la matière et si le montant de la rente viagère désormais exceptionnelle et ayant un fondement alimentaire, est révisable, ce n'est en revanche pas le cas du capital. La nécessité d'une grande homogénéité pour la fixation du montant de celui-ci nous semble alors nécessaire puisqu'il est désormais fixé de façon définitive. Au Canada, la révision de la pension alimentaire semble toujours possible, même si elle répond à des règles particulières dans le cadre d'une pension alimentaire issue d'une entente alimentaire. Le problème du *double dipping* est également toujours présent et le principe posé par l'arrêt *Boston* selon lequel cette double ponction doit être combattue devient l'exception. Une dernière possibilité est alors ouverte au débiteur mécontent du montant de la pension qu'il a à verser. Cette possibilité loin d'être légale n'est toutefois pas rare et peut poser de sérieux problèmes au conjoint créancier de la prestation ou de la pension, il s'agit du défaut de versement de cette pension ou de cette prestation.

### **§ 3. L'EFFECTIVITE DU VERSEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE OU DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE**

**775.** Le problème du défaut de versement de la pension alimentaire canadienne ou de la prestation compensatoire française est essentiel. De l'efficacité des moyens pour le résoudre dépend l'effectivité de ces mesures compensatoires et leur efficacité concrète. En droit français, l'article 277 du Code civil prévoit qu'« indépendamment de l'hypothèque

légale ou judiciaire, le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner une caution ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital »<sup>1432</sup>. En ce qui concerne la prestation compensatoire versée sous forme de capital, qui est celle qui nous intéresse le plus particulièrement en l'occurrence, le législateur avait également prévu en 2000 que le jugement de divorce pouvait être subordonné au versement effectif du capital. Cette disposition était certainement la plus efficace puisqu'elle obligeait le débiteur à verser rapidement le capital s'il voulait divorcer. Toutefois, afin de ne pas trop retarder le prononcé du divorce, le législateur a remis en cause cette disposition en 2004 et cette possibilité de mettre comme condition au prononcé du divorce le versement du capital n'existe plus<sup>1433</sup>. Le créancier ne pourra donc plus exiger pour la garantie du versement de sa prestation sous forme de capital qu'une hypothèque, un gage, un cautionnement ou encore un contrat de garantie. Mais si le paiement du capital peut poser des problèmes, celui des pensions ou des rentes est encore plus compliqué. En effet, le versement de ces rentes ou pensions se fait sur de longues périodes, et non en une seule fois ou sur une courte période comme le capital, et la révision de ces rentes ou pensions n'étant pas toujours simple, le débiteur dont la situation économique se détériore fortement a tendance à cesser de payer. En droit français, le créancier de la prestation compensatoire versée sous forme de rente, exceptionnellement prononcée aujourd'hui mais qui demeurait encore la règle jusqu'à la réforme du 30 juin 2000, peut alors faire jouer les protections destinées aux pensions alimentaires entre ascendants et descendants. La loi du 2 janvier 1973<sup>1434</sup> permet ainsi au conjoint de mettre en œuvre une procédure de paiement direct et de se faire payer directement auprès des tiers débiteurs de sommes liquides et exigibles envers le débiteur de la pension<sup>1435</sup>, souvent l'employeur du débiteur alimentaire<sup>1436</sup>. Cette procédure de paiement direct est certainement très favorable au créancier mais elle peut s'avérer inutile lorsque le débiteur de la prestation n'a lui-même aucun débiteur, lorsqu'il est, par exemple, sans emploi.

---

<sup>1432</sup> Voir Hauser Jean, Delmas Saint-Hilaire Philippe, « Fascicule 10 : effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire. Dommages et intérêts », *Jurisclasseur*, septembre 2011.

<sup>1433</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°806, p. 335.

<sup>1434</sup> Loi du 2 janvier 1973 n°73-5 relative au paiement direct des pensions alimentaires, cette loi destinée aux pensions alimentaire s'applique également aux prestations compensatoires versées sous forme de rente : Art. 7-1 de cette loi tel que prévu par la Loi n°75-617 du 11 juillet 1975 relative au divorce.

<sup>1435</sup> Art. 1<sup>er</sup> de la Loi du 2 janvier 1973.

<sup>1436</sup> Pour plus de précisions sur cette procédure voir Donnier Marc et Donnier Jean-Baptiste, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°1099 et s., p. 413 et s, sous la direction de Guinchard Serge et Moussa Tony, *Droit et pratique des voies d'exécution 2013-2014*, Collection Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2012, chapitre 952, p. 1112 et s., Julien Pierre et Taormina Gilles, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. L.G.D.J., 2010, n° 253, p. 277 et s.

**776.** Si les procédures de recouvrement sont inefficaces dans ce type de cas, la dernière solution est la procédure de recouvrement public des pensions alimentaires<sup>1437</sup>. Pour cette procédure ouverte également pour une prestation compensatoire versée sous forme de rente, le créancier de la prestation doit s'adresser au Procureur qui, s'il estime que les conditions sont remplies, demande au comptable public de mettre en œuvre la procédure de recouvrement à l'encontre du débiteur. Cette procédure, bien que lourde, est utilisée par les créanciers. Elle ne donne toutefois pas plus de résultats positifs que celle du recouvrement direct et les débiteurs arrivent souvent à s'en sortir en organisant leur insolvabilité<sup>1438</sup>. Une nouvelle expérimentation a été mise en place depuis l'été 2014 dans les caisses d'allocations familiales et de MSA de vingt départements afin de leur permettre d'effectuer elles-mêmes le recouvrement direct des pensions alimentaires<sup>1439</sup>. Cette expérimentation qui devrait durer jusqu'à avril 2016, est, pour l'instant, limitée aux seules obligations alimentaires. Elle sera peut-être étendue à la prestation compensatoire si elle apparaît concluante. Dans l'attente d'une nouvelle évolution, l'efficacité de la prestation compensatoire versée sous forme de rente tient donc beaucoup à la solvabilité ou non du débiteur et à sa volonté de payer. Qu'en est-il alors au Canada ?

**777.** En droit canadien, le problème du versement effectif de la pension alimentaire entre ex-époux est d'autant plus aigu que la pension alimentaire est majoritairement versée sous forme de rente et le versement sous forme de capital est, lui, exceptionnel. La perception des pensions alimentaires au Québec est réglée par la Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires de 1995<sup>1440</sup>. Cette Loi a pour objectif d'assurer le paiement effectif des pensions alimentaires tout en atténuant les tensions entre les parties en confiant à l'Etat la perception des pensions<sup>1441</sup>. Le débiteur alimentaire est obligé de verser la pension alimentaire au

---

<sup>1437</sup> Loi n°75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires. Voir également Gouttenoire Adeline, « Les voies d'exécution au service de la famille : le recouvrement spécifique des pensions alimentaires », *AJ Fam.* 2006, n°2/2006 p. 60. L'auteur décrit trois procédures possibles pour le recouvrement des pensions alimentaires. La dernière possibilité, soit le recouvrement par les organismes débiteurs de prestations sociales ne peut jouer car seuls peuvent en bénéficier les bénéficiaires de l'allocation de soutien familial, allocation qui n'est octroyée qu'aux enfants orphelins ou dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent ou d'aucun ou aux enfants dont l'un des parents se soustrait ou se trouve hors d'état de faire face à ses obligations d'entretien ou alimentaire (Article L. 523-1 du Code de la sécurité sociale).

<sup>1438</sup> Donnier Marc et Donnier Jean-Baptiste, *op. cit.*, n°1143 p. 426.

<sup>1439</sup> Voir le *Projet de loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes*, adopté en seconde lecture au Sénat le 17 avril 2014, « Impayés sur les pensions alimentaires », *AJ Fam.* 2014 p. 142, « La garantie contre les impayés de pension alimentaire se met en place », *Dr. Fam.* Avril 2014 alerte n° 17, Avena-Robardet Valérie, « Pensions alimentaires impayées », *AJ Fam.* 2014 p. 582.

<sup>1440</sup> L.R.Q., c. P-2.2.

<sup>1441</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 395, Voir également Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon

ministre du Revenu qui redistribue ensuite l'argent au conjoint créancier. Ce passage obligé par le ministre du Revenu est d'ordre public même s'il existe des exceptions comme par exemple lorsque les parties font conjointement la demande du paiement directement du débiteur au créancier et que le débiteur fournit une sûreté suffisante pour garantir le paiement de la pension pendant un mois<sup>1442</sup>. Le principe est toutefois le paiement par l'intermédiaire du ministre du Revenu. Le Ministre perçoit alors la pension soit par l'intermédiaire d'une retenue sur les revenus réguliers perçus par le débiteur, soit en utilisant l'exécution forcée en cas de non versement. Cette Loi ne s'est pas mise en place simplement en raison du nombre important de pensions alimentaires et du fait que ce nombre avait été très largement sous-estimé par le législateur<sup>1443</sup>. On ne peut toutefois nier aujourd'hui son utilité en particulier lorsque le versement de la pension se fait par retenue sur salaire.

**778.** Si le versement des pensions alimentaires entre époux semble de plus en plus assuré au Canada, il n'apparaît pas que le droit français permette une telle certitude. Lorsque la prestation est versée sous forme de rente, il n'est pas rare que le débiteur refuse à un moment ou un autre de payer et ceci est d'autant plus fréquent qu'il trouvera le montant déterminé injuste.

**779.** Si les fondements des pension alimentaire canadienne et prestation compensatoire ne sont pas toujours des plus clairs, les fixations initiales et révisions de ces pension et prestations sont également compliqués. Les juges doivent en effet prendre en compte de nombreux critères et objectifs. L'absence de barème, en particulier en France, sont source de grandes disparités entre les tribunaux. De plus l'effectivité du versement de ces prestation et pension n'est pas toujours assuré. S'il semble sécurisé en Canada, des expérimentations sont toujours en cours en France.

---

Blais, 2005, p. 1052 et s, Garnache Pierre, « Chapitre VI – La perception des pensions alimentaires », dans *Personnes, Famille et Successions*, Collection de droit 2014-2015, 2014, p. 307 et s.

<sup>1442</sup> Voir Garnache Pierre, *op. cit.*, p. 301.

<sup>1443</sup> Voir le Rapport fait par la protectrice du citoyen en 2001, « Régime de perception des pensions alimentaires : la Protectrice du citoyen considère que certains correctifs sont encore requis », trouvé sur <http://www.protecteurducitoyen.qc.ca/fr/publications/communiqu/010524.asp>

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**780.** Même si le droit reconnaît désormais l'égalité juridique entre les hommes et les femmes, dans les faits, cette égalité est encore loin d'être parfaite. Les femmes continuent encore à subir plus lourdement les conséquences de la séparation en raison des choix effectués pendant le mariage et, en particulier, du fait qu'elles s'occupent encore majoritairement des enfants et de la prise en charge des travaux domestiques. Le développement de leur carrière subit alors toujours largement les conséquences de ces choix qui se feront sentir après la dissolution de l'union.

**781.** Aussi, pour compenser cette situation de fait, les législateurs suivis par les tribunaux ont mis en place différentes institutions, prestation compensatoire en France et pension alimentaire au Canada. Mais, aujourd'hui, ces institutions n'ont pas un fondement purement compensatoire. En effet, elles peuvent également permettre de compenser et réparer des situations économiques défavorables à l'un des époux apparues suite au divorce mais qui sont de la conséquence de l'état de santé ou de l'âge élevé de ce conjoint. Les fondements de ces institutions sont alors divers et on parle alors désormais de pension alimentaire compensatoire et non compensatoire au Canada. En France, les termes sont moins clairs même si nous considérons qu'il est juste de distinguer une « véritable » prestation compensatoire d'une « prestation compensatoire alimentaire ». Ces multitudes de fondements et de dénominations ont pour conséquence que la fixation initiale du montant de ces prestations et pensions n'est pas des simples et leur révision s'avère également compliquée. Quant à leur effectivité, elle est encore à prouver en France.

## CONCLUSION DU TITRE II

**782.** La faute disparaissant, il était nécessaire de trouver de nouveaux fondements et nouvelles directions pour les règlements pécuniaires entre époux qui se devaient de persister. Ce sont donc l'équité et la volonté d'égaliser les situations des parties qui ont pris le relai de la sanction. Il a tout d'abord paru évident qu'il était nécessaire d'égaliser la situation des conjoints pour leur vie passée et de faire en sorte que l'un d'entre eux ne s'enrichisse pas au détriment de l'autre. Si les régimes matrimoniaux sont toujours apparus comme des éléments de redistribution facultatifs de l'enrichissement dont a pu bénéficier le couple pendant le mariage, la création du patrimoine familial au Québec leur a donné une autre dimension. En effet, même si la nature de ce patrimoine (régime matrimonial ou non) fait l'objet de discussion, il réalise un partage obligatoire d'un certain nombre de biens de la famille (dont les biens les plus importants comme le domicile conjugal) entre les conjoints et a été envisagé comme un moyen de rétablir l'égalité entre les hommes et les femmes mariés, et plus particulièrement au profit de ces dernières.

**783.** Ce rééquilibrage du passé s'est aussi concrétisé par la création, au Québec toujours, d'une prestation compensatoire destinée à pallier la réticence des juges à utiliser l'enrichissement sans cause entre époux. En France, l'indemnité exceptionnelle qui, dans une certaine mesure, pouvait se rapprocher de la prestation compensatoire québécoise, a disparu en 2004, laissant très certainement de nouveau une incertitude en la matière.

**784.** Si l'égalisation du passé peut encore poser des questions aujourd'hui, celle du futur est, en revanche, parue fondamentale dans les deux droits. Les choix des époux pendant le mariage n'ont en effet pas seulement des effets pendant la vie commune mais peuvent continuer à avoir des conséquences après la séparation et ceci plus particulièrement lorsque l'un des époux a mis sa carrière de côté pour s'occuper du foyer. Inspiré par l'équité, les législateurs français et canadien ont alors mis en place des prestation compensatoire et pension alimentaire destinée à corriger les désagréments économiques que l'un des époux pourrait après le divorce.

## CONCLUSION DE LA PARTIE I

**785.** Le droit des règlements pécuniaires a évolué parallèlement dans les deux droits. Nous avons tout d'abord constaté le recul de la faute. Omniprésente dans les années cinquante, elle a progressivement disparu et si elle est toujours présente dans les causes du divorce tant en droit français que canadien, elle n'est plus que résiduelle dans les conséquences du divorce avec la survie en droit français de l'article 266 du Code civil.

**786.** La faute a laissé sa place à l'équité et à la compensation. En effet, si cette faute ne permet plus de réparer un certain nombre de préjudices subis par les ex-époux, certaines situations continuent d'apparaître inévitables et nécessitent réparation. De plus, la société accepte de moins en moins le fait que les situations économiques des époux soient déséquilibrées à la suite du divorce. Si les régimes matrimoniaux légaux que sont la communauté d'acquêts française et la société d'acquêts québécoise sont des facteurs traditionnels d'égalisation des patrimoines des ex-époux, ils sont apparus insuffisants pour réparer certaines iniquités nées du passé et ne peuvent, par principe, pallier celles résultant de décisions prises par les époux pendant le mariage et qui apparaîtront suite au divorce.

**787.** Pour rééquilibrer le passé et compléter le régime légal de la société d'acquêts qui n'étaient que peu retenus par les époux, le Québec a tout d'abord imposé un régime matrimonial obligatoire, le patrimoine familial. Il a également instauré une prestation compensatoire équivalente à l'action en enrichissement sans cause qui reste encore jurisprudentielle en France. Pour prévoir l'avenir et faire en sorte que les choix faits par les époux pendant le mariage ne portent préjudice à aucun des époux, les droits français et canadiens ont imaginé, pour le Canada, une pension alimentaire entre ex-époux, et, pour la France, une véritable prestation compensatoire. Destinées à compenser les sacrifices professionnels qu'a pu faire l'un des conjoints pendant l'union, ces institutions ont progressivement été étendues à des situations où la précarité économique d'un des époux à la suite du divorce n'est pas liée à ces choix professionnels. Peu à peu sont ainsi apparues les notions de « pension alimentaire non compensatoire » canadienne et de « prestation compensatoire alimentaire » française. À côté des fondements indemnitaire et compensatoire, le fondement alimentaire a alors retrouvé une place, la place qui varie en fonction des interprétations jurisprudentielles.



**788.** Une multitude d'institutions et de fondements sont donc apparus et ont évolué en fonction des besoins des ex-conjoints, sans obligatoirement qu'une réflexion systémique soit intervenue pour les organiser. Il semble alors nécessaire aujourd'hui de revoir ces différentes institutions, les repenser et redonner aux ex-époux la place qui doit être la leur lors de la dissolution de leur union.

## **PARTIE II : LA RECHERCHE DE NOUVEAUX REGLEMENTS PECUNIAIRES POST-SEPARATION**

**789.** Les législateurs ont progressivement mis en place des règlements pécuniaires entre ex-époux et ont répondu au coup par coup aux différentes évolutions de la société en suivant divers courants politiques. Cette évolution progressive a eu pour conséquence l'absence de cohérence entre ces différentes institutions voire au sein même de ces institutions. La prestation compensatoire française et la pension alimentaire canadienne reflètent bien cette incohérence et leur double fondement met en exergue les conflits de philosophies et de fondement qui existent dans ce domaine du droit.

**790.** Il est nécessaire aujourd'hui de réviser ces différentes obligations voire d'en créer de nouvelles, mieux adaptées à notre société et à la famille contemporaine (Titre I). Ces nouvelles institutions déterminées, se posera alors la question de la valeur que l'on voudra leur donner : seront-elles d'ordre public, quelle place auront les époux dans la détermination des conséquences de leur divorce ? La société évolue en effet vers une plus grande liberté des parties et la problématique de la contractualisation des conséquences du divorce est d'actualité (Titre II). Enfin, la dernière étape à accomplir dans le cadre d'une réflexion sur une nouvelle vision des conséquences du divorce est celle de la possibilité d'une ouverture des institutions pensées pour le divorce aux ruptures des autres formes de couples. Aujourd'hui, face à l'augmentation d'autres types d'unions comme le PACS français, l'union civile québécoise et le concubinage, il est nécessaire de s'intéresser à la possibilité de prévoir plus qu'un nouveau droit des conséquences pécuniaires du divorce, un nouveau droit des conséquences pécuniaires de la rupture de l'union, cette dernière étant conjugale ou non (Titre III).

**Titre I :** La nécessaire révision des institutions existantes

**Titre II :** Quelle place pour la contractualisation dans les règlements pécuniaires entre ex-époux ?

**Titre III :** L'extension des obligations liées au divorce aux autres cas de ruptures – un droit commun de la rupture du couple

## **TITRE I : LA NECESSAIRE REVISION DES INSTITUTIONS EXISTANTES**

**791.** Mettre en œuvre de nouvelles institutions nécessite, d'une part, de déterminer ces nouvelles institutions en elles-mêmes en s'inspirant, ou non, de celles existantes (Chapitre I) mais aussi de déterminer le régime de celles-ci, les anciennes institutions ayant montré leurs limites et en particulier la prestation compensatoire française et la pension alimentaire canadienne avec le mode de fixation de leur montant (Chapitre II).

**Chapitre I :** Choisir des fondements déterminés pour des institutions déterminées

**Chapitre II :** Clarifier le régime des règlements pécuniaires entre époux

### **CHAPITRE I : CHOISIR DES FONDEMENTS DETERMINES POUR DES INSTITUTIONS DETERMINEES**

**792.** Il est d'abord nécessaire de déterminer quels fondements pourraient servir de base à des institutions futures en tenant compte tant des fondements déjà existants que de ceux nouvellement créés (I). Des fondements choisis découleront alors différentes nouvelles obligations (II).

#### **§ 1. LES DIFFERENTS FONDEMENTS POSSIBLES**

**793.** Au fondement unique originaire qu'était la faute, se sont progressivement substitués d'autres fondements indemnitaires issus tout d'abord de l'équité. Ces fondements, que ce soit l'enrichissement sans cause ou l'idée de compenser les iniquités économiques nées des choix faits par les conjoints pendant le mariage, ont permis la création des institutions déjà étudiées. Mais aujourd'hui de nouveaux fondements indemnitaires sont apparus dans la doctrine. Ne pourraient-ils alors pas être à l'origine de nouvelles institutions (A) ?

**794.** De plus, les institutions ayant un fondement purement indemnitaire ne paraissant pas suffisantes pour répondre à toutes les situations, certaines des institutions qui se voulaient purement indemnitaires, ont également développé une part de fondement alimentaire. C'est en particulier le cas en droit français de la « prestation compensatoire

alimentaire ». La question de l'opportunité d'une véritable obligation alimentaire post-divorce peut alors se poser (B).

### A. De nouveaux fondements indemnitaires ?

**795.** Au cours des dernières années, de nouvelles théories sont apparues en Amérique du Nord<sup>1444</sup> pouvant servir de fondement à une obligation entre ex-époux. Certaines sont issues directement de la théorie compensatoire (1) et une autre, plus originale, met en valeur la notion de la responsabilité parentale (2).

#### 1. De nouvelles théories issues de l'idée de compensation

**796.** Certains auteurs américains<sup>1445</sup> ont critiqué le système traditionnel de la compensation fondé sur le principe de la perte de chance et qui ne donnait qu'une vision déformée du partenariat conjugal et ne prenait en compte que des intérêts individualistes. Le mariage étant un partenariat, les nouvelles théories compensatoires font valoir que tant les biens que les revenus et la force de travail sont communs et doivent être partagés lors de la séparation. Ces théories sont fondées sur l'idée de partage des revenus et peuvent être divisées en deux sous catégories.

##### a. Premier modèle : le partage des gains conjugaux, compensation au titre des contributions et des avantages

**797.** La première sous catégorie de nouvelles théories compensatoires est celle qui repose sur l'idée que le mariage est un partenariat et que chacun contribue au développement et à l'enrichissement de celui-ci<sup>1446</sup>. Au moment de la dissolution du mariage, chacun doit pouvoir bénéficier tant du patrimoine que du potentiel de travail, de carrière ou de revenus

---

<sup>1444</sup> Et plus particulièrement aux Etats-Unis, voir Rogerson Carol, *op. cit.*, voir également M. Stephen D. Sugarman, « Dividing Financial Interests on Divorce » dans *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University Press, 1991.

<sup>1445</sup> Voir Jana Singer, « Alimony and Efficiency : The Gendered Costs and Benefits of the Economics Justifications for Alimony » (1994), 82 *Georgetown Law Journal* 2423. Pour des articles américains retenant l'ancienne version du fondement compensatoire voir Carbone June, "Economics, Feminism and the Reinvention of Alimony : A Reply to Ira Ellman", [1990] 43 *Vanderbilt Law Review* 1463.

<sup>1446</sup> Pour un exemple d'analyse américaine sur le sujet, voir Baker Katharine K., « Contracting for Security : Paying Married Women What they've Earned », [1988] 55 *The University of Chicago Law Review* p. 1193.

dont a pu s'enrichir le couple. On considère ainsi que l'épouse, qui a laissé de côté sa carrière professionnelle permettant à son conjoint de conserver la sienne et d'améliorer sa position professionnelle, doit bénéficier d'un partage des revenus et du capital professionnel de son mari, le revenu du conjoint après le divorce étant la résultante de la contribution et des efforts déployés par les époux pendant le mariage. On ne regarde plus alors la perte qu'a subie l'épouse, mais plutôt sa contribution à la carrière professionnelle de son conjoint. On aurait alors en quelque sorte une récompense pour l'épouse pour cette contribution. Cette théorie peut également être utilisée lorsque l'un des époux a permis à l'autre de financer ses études et a ainsi pu obtenir une bonne situation professionnelle<sup>1447</sup>.

**798.** Cette théorie n'est pas sans rappeler celle de l'enrichissement sans cause. Elle est beaucoup plus souple que cette dernière théorie puisqu'elle permet au conjoint qui a moins de revenus que son ex-époux de recevoir une aide sans qu'il soit nécessaire de prouver tous les éléments de l'enrichissement sans cause. Ainsi, elle permet de ne pas limiter l'indemnisation aux seuls cas où la participation apportée par le conjoint ayant moins de revenus est extraordinaire ou, tout du moins, bien supérieure à ce qui est attendu dans le cadre de la participation d'un conjoint à l'organisation du foyer. Logiquement, le simple constat de l'existence du partenariat et du fait que l'un des époux ait mis de côté sa carrière pour s'occuper de l'entretien du ménage et de l'éducation des enfants pendant que l'autre profitait du mariage pour être déchargé de ces tâches et améliorer sa situation professionnelle, doit suffire à mettre en œuvre le système de compensation et le partage des revenus pendant une période déterminée (plus ou moins longue, à déterminer en fonction des circonstances) après le mariage, correspondant à la période nécessaire pour compenser l'enrichissement dont a pu bénéficier un époux du fait de cette organisation du mariage. La preuve semble donc plus facile à apporter que dans le cas de l'enrichissement sans cause.

*b. Second modèle : la reconnaissance de l'interdépendance*

**799.** La seconde sous catégorie de nouvelles théories fondées sur la compensation repose sur la reconnaissance et la mise en valeur de l'interdépendance entre les conjoints. Le mariage mettrait progressivement en place une interdépendance entre ces derniers et celle-ci

---

<sup>1447</sup> L'investissement permet ainsi d'améliorer le capital humain de l'époux qui a fait des études, voir Krauskopf Joan M., « Recompense for Financing Spouse's Education : Legal Protection for the Marital Investor in Capital Human », [1980] 28 *Kansas Law Review* 379.

ne pourrait disparaître abruptement à la dissolution du mariage. Deux variantes de cette sous catégorie ont alors été développées.

**800.** La première est, selon M. Sugarman, celle de la fusion au fil des années<sup>1448</sup>. Selon cette théorie, le mariage amène à la création progressive d'un capital humain commun et une interdépendance dans les relations économiques entre les conjoints. Chacun arrive dans le mariage avec son propre capital et sa capacité à gagner sa vie mais avec le temps le capital de chacun se développe en fonction de l'autre. L'un pourra ainsi développer plus particulièrement son capital grâce à l'autre, et ce sera en général le cas du conjoint dont l'époux reste au foyer et lui donne la possibilité de faire carrière et d'augmenter sa propre capacité à gagner sa vie. L'auteur considère ainsi qu'il est équitable de donner au conjoint dépendant un pourcentage en fonction de la durée du mariage dans le capital humain de l'autre, capital qu'il a permis d'augmenter. Le capital humain qui se sera développé pendant le mariage sera donc partagé au même titre que le patrimoine et le conjoint qui bénéficiera de la part moindre de ce capital humain se verra octroyer une pension égalisatrice qui pourrait lui être versée à vie.

**801.** La seconde variante de cette sous catégorie repose sur une certaine idée de l'équité et de paiement transitoire<sup>1449</sup>. Le mariage peut en effet être considéré comme un contrat de longue durée. Ce contrat, comme les contrats de droit commun du même type, repose sur une certaine confiance entre les parties. Ces contrats de longue durée impliquent également un certain enchevêtrement dans les relations des parties et l'équité veut que ces relations contractuelles ne puissent se terminer de façon abrupte. La durée du mariage, ou du contrat, implique donc le versement de paiement transitoire à la fin de celui-ci afin que chacune des parties puisse s'organiser et reprendre une vie indépendante. Dans ce cas, et contrairement à la première variante, le versement de la pension n'est que transitoire. Cette variante rappelle alors dans une certaine mesure la théorie du clean break et la somme « réhabilitative » qui était versée suite au divorce au conjoint désavantagé afin qu'il retrouve une autonomie économique.

---

<sup>1448</sup> M. Stephen D. Sugarman, « Dividing Financial Interests on Divorce » dans *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University Press, 1991, p. 159.

<sup>1449</sup> M. Sugarman parle de « fair notice », Stephen D. Sugarman, op. cit., p. 161. Voir également Jane Ellis, « New Rules for Divorce : Transition Payments » (1993-94), 32 *U. Of Louisville J. of Fam. L.* 601.

**802.** A ces nouvelles théories qui sont présentées comme des critiques du fondement compensatoire traditionnel mais n'en sont en réalité que des variantes, il est nécessaire d'ajouter une dernière possibilité, plus originale, de fondement pour ces nouvelles obligations entre ex-époux : la responsabilité parentale.

## 2. *La responsabilité parentale*

**803.** Alors que jusque-là les théories compensatoires prenaient essentiellement en compte les rôles conjugaux ou la durée de la relation conjugale en elle-même, ce nouveau fondement envisage les ex-conjoints avant tout comme des parents<sup>1450</sup>. Il est ainsi reconnu que le parent qui a la garde des enfants mineurs à la suite du divorce bénéficie d'une moindre capacité de travailler et donc de revenus inférieurs à l'autre conjoint. Il doit donc être indemnisé pour cette situation. Même si les chiffres sont discutés, il y a incontestablement une paupérisation des familles monoparentales, et en particulier des familles dont le seul parent est la mère à la suite du divorce<sup>1451</sup>, en raison de l'absence du père ou de son désintéressement. Dans l'intérêt des enfants et du parent, il est souvent nécessaire d'attribuer à la suite du divorce tant une pension alimentaire pour l'enfant qu'une pension pour le parent gardien qui dispose de la capacité financière plus limitée. Il est donc envisageable de mettre en place une obligation entre conjoints en faveur du parent gardien, une sorte de salaire parental pour sa garde de l'enfant<sup>1452</sup>. Un partage des revenus pourrait ainsi être envisagé de manière à ce que les deux foyers aient des revenus égaux. Cette théorie est déjà sous-jacente au droit canadien puisque l'un des objectifs que doit poursuivre le tribunal lors de l'octroi d'une pension alimentaire entre ex-époux est de répartir entre les conjoints « les conséquences économiques qui découlent de tout enfant à charge, en sus de toute obligation alimentaire relative à tout enfant à charge »<sup>1453</sup>. Plus récemment, au Québec, le Comité consultatif sur le droit de la famille, a proposé de mettre en place une « prestation compensatoire parentale » qui permet d'équilibrer entre les parents les désavantages économiques résultant de l'exercice

---

<sup>1450</sup> Voir sur le sujet les remarques de Carbone June et Brinig Margaret, « Rethinking Marriage : Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform », [1991] 65 *Tulane Law Review* 953, et plus particulièrement p. 1005 et s.

<sup>1451</sup> Weitzman Lenore J., *The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, Free Press, 1985, critiquée par Stephen D. Sugarman, op. cit., p. 149 et s.

<sup>1452</sup> Williams Joan, « Is Coverture Dead ? Beyond a New Theory of Alimony », (1994) 82 *Georgetown Law Journal* 2227.

<sup>1453</sup> Art. 15.2 (6) b) de la Loi sur le divorce.

du rôle parental à l'égard de leur enfant à charge<sup>1454</sup>. Cette prestation pourrait jouer, soit, lorsque le parent créancier a contribué de façon excédentaire aux charges de la famille pendant la vie commune, soit, subit, après la séparation, des désavantages économiques en raison des manquements de l'autre parent à ses devoirs parentaux (exemple : le parent créancier assure plus de 80% du temps de garde de l'enfant).

**804.** Bien que nord-américaine, cette vision n'est également pas inconnue en Europe et, en particulier, en droit allemand<sup>1455</sup>. Ainsi, en Allemagne, le conjoint qui a la garde de l'enfant peut demander à ce qu'une pension alimentaire lui soit versée pendant les trois premières années de l'enfant en raison de la garde même de celui-ci. La durée du versement peut être prolongée si l'équité le commande et, en particulier, selon la Cour d'appel de Celle, lorsque l'organisation du mode de garde empêche le parent gardien de pouvoir exercer soit totalement soit en partie une activité professionnelle<sup>1456</sup>.

**805.** Cette théorie reconnaît la charge qui pèse sur le parent auquel sont confiés les enfants et lui donne, dans une certaine mesure, le statut d'activité devant être rémunérée. Elle va également dans le sens actuel d'une meilleure prise en considération de l'intérêt de l'enfant voire même d'un mouvement vers une vision de l'intérêt de l'enfant comme principe directeur du droit de la famille<sup>1457</sup>. Elle ne vaut toutefois que dans la limite où le conjoint dans le besoin a la charge d'enfants mineurs. Elle n'est en effet d'aucune utilité lorsque l'ex-conjoint dans le besoin est âgé et ses enfants majeurs, ou lorsqu'il n'a tout simplement pas d'enfants. De plus, dans le cas de la résidence alternée de l'enfant, il ne nous semble pas qu'une telle obligation puisse être mise en œuvre, les deux parents vivant les mêmes inconvénients et les mêmes désavantages économiques liés à la garde de l'enfant.

---

<sup>1454</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 384.

<sup>1455</sup> § 1570 du BGB : « **Obligation alimentaire en raison de la garde d'un enfant.**

- 1) Un conjoint divorce peut demander le versement d'une pension alimentaire à son ex-époux pour le soin ou l'éducation d'un enfant commun pendant au moins les trois années qui suivent la naissance de cet enfant. La durée du versement de la pension alimentaire est prolongée aussi longtemps qu'elle correspond à l'équité. Il faut alors prendre en compte les intérêts de l'enfant et les possibilités de garde existant pour l'enfant.
- 2) La durée du versement de la pension alimentaire est prolongée quand cela semble équitable au regard de l'organisation de la garde de l'enfant et de l'emploi des conjoints pendant le mariage de même qu'en fonction de la durée du mariage. »

<sup>1456</sup> OLG Celle, 7 février 2008, Az. 17 UF 203/07

<sup>1457</sup> Voir le rapport de Valérie Pécresse, rapporteure de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, *L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille*, Rapport n° 2832, Assemblée Nationale, 2006, Documents d'information.



L'obligation issue de ce fondement, ne sera alors qu'une obligation annexe qui ne pourra s'appliquer que dans certaines situations.

**806.** Outre les fondements traditionnels, de nouveaux fondements indemnitaires peuvent donc être envisagés pour la création de nouvelles obligations entre ex-conjoints. Une obligation ayant un fondement purement alimentaire (et non plus une obligation avec un fondement mixte) pourrait également être mise en œuvre et se pose alors la question de la possibilité et de la légitimité d'une telle obligation alimentaire entre ex-conjoints.

## **B. Un fondement alimentaire problématique mais nécessaire**

**807.** Si différentes raisons s'opposent à la reconnaissance d'une obligation alimentaire entre ex-conjoints (1), la réalité sociologique et sociale peut plaider en faveur d'une telle obligation (2).

### *1. Les raisons s'opposant à la reconnaissance d'une telle obligation*

**808.** Ces raisons sont à la fois théoriques (a) et pratiques (b).

#### *a. Les raisons théoriques*

**809.** La disparition des relations particulières existant entre les époux ( $\alpha$ ) ajoutée à la disparition du mariage en tant que tel ( $\beta$ ) amènent à plaider pour la disparition du devoir de secours et de toute obligation alimentaire à la suite de la dissolution du mariage par divorce.

#### *a) La disparition des relations particulières existant entre les époux*

**810.** Selon M. Pélissier<sup>1458</sup>, il y a deux types d'obligations alimentaires, les obligations alimentaires qui découlent d'un devoir d'entraide et celles qui sont le résultat d'actes ou de faits juridiques. Les obligations alimentaires issues du devoir d'entraide sont celles qui existent au sein du groupe familial ou au sein d'un groupe ou d'une société donnée.

---

<sup>1458</sup> Pélissier Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Ed. LGDJ, 1961, p. 7.

Elles relèvent tant de la solidarité familiale que de la solidarité sociale ou étatique et sont mises en œuvre par le simple fait que l'individu dans le besoin fait partie de cette famille ou de ce groupe. Dans le cadre des obligations nées d'un acte ou d'un fait juridique, le créancier alimentaire n'aura pas droit à la mise en œuvre de cette obligation en raison de son état de parent ou de citoyen mais plutôt à cause de la conclusion d'un contrat (avec, par exemple, la mise en œuvre d'une rente viagère ou d'un bail à nourriture<sup>1459</sup>) ou de la commission d'un délit.

**811.** L'obligation alimentaire, ou le devoir de secours, qui existent entre les époux relèvent de la première catégorie d'obligations alimentaires et plus particulièrement des obligations alimentaires familiales. La famille est le groupement le plus étroit, celui où la solidarité est la plus importante. Les membres de la famille sont liés par des liens d'affection et d'intérêts particulièrement forts. Bien plus qu'un devoir légal, il y a un devoir moral qui pèse sur chacun d'eux de faire en sorte qu'aucun ne soit dans le besoin pendant que les autres ont les moyens de vivre. C'est d'ailleurs dans un premier temps sous la forme d'un devoir moral qu'est apparue l'obligation alimentaire<sup>1460</sup>. Elle s'est ensuite progressivement imposée dans le droit et est ainsi particulièrement réglementée en droit français aux articles 203 et suivants du Code civil et, au Québec, aux articles 585 et suivants du Code civil du Québec. L'obligation alimentaire familiale est marquée par un très fort *intuitus personae* et l'importance des liens existants entre chacun des membres de la famille a pour conséquence que cette obligation ne peut être demandée qu'entre deux personnes déterminées. Elle est personnelle, intransmissible, indisponible et insaisissable<sup>1461</sup>.

**812.** Lors de la rédaction du Code civil français, la réciprocité de l'obligation alimentaire et du devoir de secours entre conjoints (le plus souvent intégré dans la contribution aux charges du mariage) était loin d'être parfaite. L'obligation alimentaire apparaissait plus comme une obligation pesant sur le mari en contrepartie de l'incapacité de l'épouse. Le mari fournissait à l'épouse ce qui était nécessaire aux besoins de la vie courante

---

<sup>1459</sup> Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 1741, p. 659.

<sup>1460</sup> Pélissier Jean, *op. cit.* p. 10.

<sup>1461</sup> Voir pour les détails relatifs aux caractères de cette obligation alimentaire Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, p. 667 et s., n° 1750 et s., voir également les commentaires d'Alain Bénabent qui tout en décrivant le régime de cette obligation alimentaire reprend chacun de ces éléments, Bénabent Alain, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014, p. 504 et s., n° 1224 et s. Pour le droit québécois sur le sujet, Castelli Mireille D., Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 375, Pineau Jean et Pratte Marie, *La Famille*, Ed. Thémis, 2006, n°495, p. 798.

et en contrepartie la femme était tenue au devoir de cohabitation<sup>1462</sup>. L'obligation alimentaire entre conjoints était alors la conséquence et le reflet d'une certaine organisation familiale et de la dépendance de l'épouse. Elle allait plus dans le sens d'une idée de contrepartie d'un contrat de vie déterminé par les conjoints. Ce contrat était généralement conclu pour la vie entre époux mais, au cours des périodes où le divorce était accepté, la disparition du mariage avait logiquement pour conséquence celle de ce contrat et de ses conséquences, c'est-à-dire, en particulier, du devoir de secours existant entre conjoints.

**813.** Avec la reconnaissance de l'égalité entre les conjoints et de la réciprocité et de l'égalité de leurs droits, l'idée de l'obligation alimentaire pesant sur le mari comme contrepartie de l'incapacité de la femme a disparu. L'obligation alimentaire entre époux, sous la forme du devoir de secours, est devenue réciproque et est certainement une des plus importantes des obligations alimentaires familiales. C'est la présence de liens affectifs importants entre les conjoints qui peut justifier qu'une telle obligation existe. Ces mêmes liens affectifs peuvent également expliquer que, alors que la jurisprudence française considère en général qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les débiteurs alimentaires, elle a pu admettre qu'un conjoint devait s'adresser en priorité à son époux lorsqu'il est dans le besoin avant de demander une aide à tout autre débiteur alimentaire<sup>1463</sup>. Cette jurisprudence a ainsi directement reconnu la primauté des liens affectifs entre conjoints sur tout autre lien familial.

**814.** Ces liens affectifs disparaissant ou se distendant, l'obligation alimentaire entre conjoints devrait donc disparaître. Toutefois, bien plus que la disparition de ces relations, c'est la disparition du mariage en tant que tel qui a pour conséquence la disparition de l'obligation alimentaire.

*β) La disparition du mariage comme cause de la disparition de l'obligation alimentaire entre conjoints*

---

<sup>1462</sup> Boulanger François, *Droit civil de la famille, Tome 1, Aspects comparatifs et internationaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Economica, 1997, p. 256.

<sup>1463</sup> La jurisprudence est constante en droit français sur le sujet depuis la décision de la Cour d'appel de Douai du 28 juillet 1953, D. 1954, p. 477 ; voir également la décision de la Cour de cassation du 4 novembre 2010, Rebourg Muriel, « La primauté du devoir de secours entre époux sur les obligations découlant de la parenté », *Dr. Fam.* 2011, étude n° 7, Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *op. cit.*, n° 1750, p. 668, Bénabent Alain, *op. cit.* n° 1233 p. 508.

**815.** Si seuls les sentiments et les rapports d'affection qui existent entre les conjoints étaient à l'origine de l'obligation alimentaire ou du devoir de secours, existant entre les époux pendant le mariage, la disparition de ceux-ci devrait entraîner automatiquement la disparition de cette obligation ou de ce devoir. Or il n'en est rien et, bien au contraire, c'est plus particulièrement en cas de crise conjugale que la spécificité du devoir de secours va ressortir et qu'il va se distinguer de la contribution aux charges du mariage<sup>1464</sup>.

**816.** En droit français, dans le cas d'une séparation de corps entre époux, ce devoir de secours prend la forme d'une pension alimentaire<sup>1465</sup>. Il conserve sa réciprocité et est accordé, en principe, sans que soient prises en compte les fautes des époux<sup>1466</sup>. Toutefois, l'époux débiteur peut, de même que le débiteur alimentaire dans le cadre général de l'article 205 du Code civil, faire jouer la faute (et plus particulièrement les manquements graves à ses obligations) de son conjoint en utilisant l'article 207 alinéa 2 du Code civil pour être déchargé de son obligation. En cas de séparation de fait, la jurisprudence française considère que la contribution aux charges du mariage continue de jouer<sup>1467</sup> et qu'elle englobe toujours le devoir de secours. Le juge dispose alors d'une grande liberté et, s'il le considère justifié, « suivant les circonstances de la cause »<sup>1468</sup>, peut refuser d'accorder la continuation de l'obligation aux charges du mariage au conjoint fautif<sup>1469</sup>. Comme le fait remarquer Cornu<sup>1470</sup>, l'attribution de la contribution aux charges du mariage plutôt que le devoir de secours au conjoint dans le besoin est plus favorable pour ce dernier. Elle lui permet, d'une part, d'éviter d'avoir à prouver son état de besoin, la contribution aux charges du mariage ne dépendant pas de l'état de besoin de l'un ou l'autre des conjoints, et, d'autre part, d'obtenir un montant plus avantageux. Une remarque doit toutefois être faite dans le cas où le versement de la contribution du mariage serait refusé au conjoint en raison des circonstances de la cause, et généralement de sa faute et son départ du foyer. Dans ce cas, s'il est dans le besoin, le devoir de secours continuera de jouer. En effet, il était possible de penser que ce devoir de secours

---

<sup>1464</sup> Pour une analyse de la distinction entre devoir de secours et contribution aux charges du mariage en droit québécois voir Pineau Jean, *La famille, Droit applicable au lendemain de la « Loi 89 »*, Ed. Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 82 ; en droit français, voir, entre autres, Carbonnier Jean, *op. cit.*, p. 494, Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, n° 1824 p. 693, Philippe Catherine, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux, Essai sur l'entraide conjugale*, Ed. LGDJ, 1981, p. 56 et s., cette dernière proposant un devoir général d'entre époux, voir aussi Gaboriau Bertrand, *L'obligation alimentaire*, Thèse dactylographiée, Lille, 2003, et plus particulièrement l'obligation alimentaire entre époux, n° 20 et s., p. 38 et s.

<sup>1465</sup> Art. 303 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

<sup>1466</sup> Art. 303 al. 2 C.civ.

<sup>1467</sup> Voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 1973, *D.* 74 p. 453, n. Rémy Philippe, voir également *RTDCiv.* 1980 p. 385 et s.

<sup>1468</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien 2003, n° 38, p. 74.

<sup>1469</sup> Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *op. cit.*, n° 1826 p. 695.

<sup>1470</sup> Cornu Gérard, *op. cit.*, n° 38 p. 74.

pourrait être écarté en application de l'article 207 alinéa 2 du Code civil qui prévoit que « quand le créancier a lui-même gravement manqué à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ». Mais la Cour de cassation a interprété restrictivement ce texte et considéré que la faculté de décharger le débiteur de tout ou partie de la dette alimentaire lorsque le créancier a gravement manqué à ses obligations envers lui « ne s'étend pas, sauf l'exception de l'article 303, alinéa 2 du Code civil au devoir de secours entre époux »<sup>1471</sup>. L'époux fautif, sauf en cas de séparation de corps, pourra donc obtenir le versement d'une pension au titre du devoir de secours.

**817.** En droit québécois, le devoir de secours continue également à jouer en cas de séparation de corps<sup>1472</sup>. La situation est différente en cas de séparation de fait et on considère que cette dernière va à l'encontre du devoir de vie commune qui pèse sur les époux. Seul l'époux qui n'est pas responsable de la séparation de fait peut demander une pension. Celui qui refuse de vivre avec l'autre ne le pourra pas<sup>1473</sup>.

**818.** Cette survie du devoir de secours et de l'obligation alimentaire entre époux en cas de séparation de fait ou de corps, ne s'explique pas par la persistance des relations entre conjoints mais est, bien plus, la conséquence de la survie du mariage en tant que tel. C'est en effet ce qui est expressément prévu dans le Code civil français qui dispose que la séparation de corps ne dissout pas le mariage<sup>1474</sup> et relève simplement les époux de leur devoir de cohabitation en laissant subsister les autres devoirs et parmi ceux-ci le devoir de secours<sup>1475</sup>. C'est donc le mariage en tant que tel qui explique la survie de l'obligation alimentaire en cas de crise conjugale. A la disparition de celui-ci, et en particulier en cas de divorce, il est donc logique que cette obligation alimentaire disparaisse également et, si l'on suit cette logique, aucune obligation alimentaire entre époux ne devrait continuer à la suite du divorce. C'est d'ailleurs le principe qu'appliquaient les tribunaux québécois avant la Loi fédérale sur le divorce de 1968 et alors que le divorce au Québec ne pouvait être que parlementaire<sup>1476</sup>, en

---

<sup>1471</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, *JCP G* 1995 II 22407, p. 128, n. Bénabent Alain. Voir également Larribau-Terneyre Virginie, *Jurisclasseur Civil*, « Art. 212 à 215, Fasc. 10 : Mariage, n° 115 », mise à jour du 19 octobre 2009.

<sup>1472</sup> Castelli Mireille D., Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 99.

<sup>1473</sup> *Perrier c. Perrier et la Confédération, Compagnie d'assurance-vie*, [1970] C.A. Voir également Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 133 et s.

<sup>1474</sup> Art. 299 C.civ., qui trouve son pendant à l'article 507 C.c.Q.

<sup>1475</sup> Art. 303 C.civ.

<sup>1476</sup> Voir Pineau Jean, *La famille, Droit applicable au lendemain de la loi « 89 »*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 1982, n° 197 p. 145 et Pineau Jean et Pratte Marie, *La Famille*, Ed. Thémis, 2006, n°267, p. 318.

refusant toute pension alimentaire entre ex-conjoints, même au profit de l'épouse dans le besoin. A cette explication théorique de la disparition de la pension alimentaire à la suite du divorce, s'ajoute des arguments pratiques qui vont également dans le sens d'une telle disparition.

*b. Les raisons liées à la mise en œuvre pratique de l'obligation alimentaire entre époux à la suite du divorce*

**819.** Un des premiers obstacles pratiques à la survie de l'obligation alimentaire entre époux est le fait que le droit alimentaire est un droit éventuel<sup>1477</sup>, lié à la personne du créancier, et qui n'est mis en œuvre que lorsque ce créancier est dans le besoin. Admettre une obligation alimentaire entre les ex-conjoints reviendrait à reconnaître l'existence d'un tel droit pesant sur les ex-époux et qui ne sera réalisé que lors de l'état de besoin de l'un d'entre eux, c'est-à-dire soit directement après le divorce, soit des années après celui-ci. Il serait alors possible d'envisager que l'un des ex-conjoints qui perd son emploi puisse demander le versement d'une pension alimentaire à son époux dix, quinze voire vingt ans après le divorce. Cette possibilité semble inenvisageable, les époux n'ayant le plus souvent que peu, voire même aucune relation à la suite du divorce. Elle paraît a fortiori inacceptable lorsque, depuis la dissolution du mariage, le conjoint créancier s'est remarié, a divorcé de nouveau et bénéficie alors de deux débiteurs potentiels. Ce créancier aurait en effet le choix entre plusieurs débiteurs. Cela lui donnerait certainement une plus grande sécurité juridique mais nous semble peu correspondre à la philosophie actuelle de limiter les effets du divorce à la période proche de son prononcé.

**820.** Au Canada, la question de savoir si une pension alimentaire entre conjoints pouvait être demandée après le divorce, s'était posée pour la pension alimentaire post-divorce entre ex-époux sous l'empire de la loi sur le divorce de 1968<sup>1478</sup>. Cette obligation bien qu'alimentaire par le nom, ne l'était toutefois pas dans son fondement. Certains époux avaient fait valoir leur droit à demander cette pension alimentaire des années après le prononcé du divorce. Dans la décision *Zacks c. Zacks*<sup>1479</sup>, la Cour suprême a eu à régler ce problème et, alors que le procureur proposait une interprétation large et la possibilité pour les ex-époux de

---

<sup>1477</sup> Péliissier Jean, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, Ed. LGDJ, 1961, p. 17.

<sup>1478</sup> Voir Pineau Jean, *op. cit.*, p. 177.

<sup>1479</sup> *Zacks c. Zacks*, [1973] S.C.R. 891.

demander une pension alimentaire à l'autre à tout moment après le divorce, la Cour a considéré que celle-ci devait être demandée en même temps que le divorce et que l'interprétation large était indésirable. La Cour suprême estime ainsi que faire peser de façon éventuelle un droit alimentaire d'un ex-époux sur un ex-conjoint ne pourrait être accepté.

**821.** Toutefois, si on ne peut admettre la possibilité pour un époux de demander une pension alimentaire à son conjoint des années après le divorce, il peut être envisageable qu'un conjoint dans le besoin demande à son ex-époux une telle pension alimentaire au moment du divorce. Différents arguments pratiques peuvent alors également s'opposer à l'adoption d'une telle pension alimentaire conséquence de la survie limitée de l'obligation alimentaire ou du devoir de secours existant entre les conjoints pendant le mariage. La première tient au mode d'exécution de l'obligation alimentaire. Un des modes d'exécution de celle-ci est l'exécution en nature<sup>1480</sup>. Elle est certainement la plus naturelle en matière d'aliments et pratiquée dans les faits au cours de vie commune des époux ou dans les relations parents - enfants. Cette possibilité doit certainement être exclue dans le cadre des relations entre ex-époux puisque la volonté principale de ces derniers est de vivre séparés. C'est donc sous forme monétaire et en particulier par le biais du versement d'une pension alimentaire que l'obligation alimentaire entre ex-époux serait mise en œuvre. Cette pension apparaît comme la forme la plus adaptée de paiement monétaire, puisque, à la différence du capital, elle est versée de façon régulière et permet de s'adapter à l'évolution de la situation du créancier. Elle est généralement versée pour une durée indéterminée et par principe variable<sup>1481</sup>, faisant l'objet de révision à la demande des deux parties, le plus souvent en cas de changement important dans la situation des parties. L'octroi d'une pension alimentaire révisable entre ex-conjoints pourrait dans certains cas sembler injuste<sup>1482</sup>. Ainsi, une épouse pourrait profiter de l'enrichissement acquis par son époux à la suite du divorce, enrichissement qui peut être le résultat d'un travail important depuis la séparation, voire d'une collaboration avec sa seconde épouse. De même, le conjoint débiteur pourrait avoir à payer pour son ex-époux dont le revers de fortune n'a aucun lien avec leur union.

---

<sup>1480</sup> Voir Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°883, p. 564, Castelli Mireille D., Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> éd., Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 371.

<sup>1481</sup> Voir Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 370.

<sup>1482</sup> Voir Massip Jacques, « La réforme des prestations compensatoires après divorce, Commentaires de la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 (1<sup>ère</sup> partie) », *Petites affiches*, 16 janvier 2001, n°11, p. 4.

**822.** De plus, si on accepte la survie de l'obligation alimentaire, la pension versée à ce titre le serait certainement pour une longue durée et même si les juges québécois octroient des pensions alimentaires en tenant compte du temps nécessaire au créancier pour retrouver son indépendance économique<sup>1483</sup>, l'acquisition d'une telle indépendance n'est pas toujours des plus simples tant à atteindre qu'à prouver. Or à la suite du divorce, les ex-époux souhaitent avant tout faire cesser toutes relations à long terme et reconstruire chacun leur vie indépendamment l'un de l'autre. C'est d'ailleurs pour répondre à ce souhait que le législateur français en 1975 avait fait prévaloir le principe du règlement des effets du divorce dans une période limitée après ce dernier.

**823.** Faire survivre une obligation alimentaire post-divorce semblerait alors techniquement inadaptée et entraînerait une continuation excessive des relations entre les ex-conjoints. Mais, si des raisons juridiques, théoriques et pratiques, s'opposent à la survie de l'obligation alimentaire entre époux à la suite du divorce, la réalité sociale impose une conclusion tout autre et dans certains cas, la survie de cette obligation est la seule chance de l'ex-conjoint dans le besoin.

## *2. La nécessité sociale de l'existence d'une obligation alimentaire entre époux*

**824.** S'il apparaît théoriquement que l'obligation alimentaire ne doit pas exister entre ex-époux, le mariage et les relations amoureuses entre les conjoints ayant disparu, dans certains cas il semble socialement et moralement nécessaire de faire survivre la solidarité entre les époux au-delà du divorce. Cette obligation ou ce devoir ne doit toutefois intervenir que dans des situations limites (a) et est indispensable pour pallier au défaut d'intervention de la solidarité sociale, c'est-à-dire la limitation des aides sociales et étatiques (b).

### *a. L'existence de situations limites*

**825.** Il existe en effet des cas où l'un des conjoints est confronté à de graves problèmes économiques à la dissolution du mariage, parce que, par exemple, il est atteint de troubles mentaux qui n'ont aucun lien avec le mariage et sont apparus avant même l'union

---

<sup>1483</sup> Art. 587 C.c.Q.



voire tout au début de celle-ci<sup>1484</sup>. Ces troubles mentaux ou toute autre maladie, de même que son âge, peuvent empêcher ce conjoint d'exercer une profession et ainsi de subvenir à ses besoins. Pendant le mariage, la solidarité qui lie les époux a pour conséquence que les désavantages économiques que peuvent entraîner ces handicaps sont compensés par l'obligation de secours à la charge du conjoint en pleine santé. Cette obligation de secours est, de plus, doublée de l'obligation d'assistance qui se concrétise par un soutien moral au conjoint malade ou âgé. Le mariage permet ainsi au conjoint malade ou âgé d'avoir une sécurité économique et aussi, dans une certaine mesure, une stabilité psychologique. Mais lorsque le mariage disparaît par l'effet du divorce, ce conjoint se retrouve sans ce soutien tant moral que financier. Le conjoint divorcé ne devrait-il pas alors continuer à aider ce conjoint qui se trouve dans une situation très critique en raison de ses problèmes de santé ou de vieillesse ? L'équité et les relations passées entre les époux ne devraient-elles pas avoir pour conséquence la survie d'une obligation alimentaire entre les conjoints à la suite du divorce dans ce type de situations que nous qualifions de critiques ou limites ?

**826.** Dans le cadre de la première partie, nous avons pu remarquer qu'un ex-conjoint peut demander à son ex-époux une compensation pour les iniquités économiques qu'il subit au moment du divorce à cause des choix faits par les époux pendant le mariage. L'idée sous-jacente est en l'occurrence une idée de compensation et de responsabilité sans faute pour des décisions prises en commun pour les conjoints. Si ces choix ont été défavorables à l'un des conjoints, il semble alors tout à fait normal et équitable de dédommager le conjoint qui souffre des iniquités.

**827.** Mais lorsque la situation économique problématique de l'un des conjoints est la conséquence de la maladie ou de l'âge du conjoint et non la conséquence des choix faits par les époux pendant le mariage, toute idée de compensation disparaît. L'état du conjoint dans le besoin est le résultat d'aléas de la vie qui peuvent arriver à quiconque, marié ou non. L'équité qui jouait comme fondement ne semble alors pas amener à obliger un conjoint à verser une aide à son ex-époux malade et incapable par ce fait de subvenir à ces besoins et il pourrait apparaître, bien au contraire, inéquitable de faire peser une telle obligation sur les ex-époux. Il serait possible de considérer tout simplement qu'au moment précis où le mariage cesse, l'époux malade et dans l'incapacité de subvenir à ses besoins doit s'adresser à ses débiteurs

---

<sup>1484</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

alimentaires que sont ses enfants et ses parents. Toutefois, en l'absence de tels débiteurs, peut-on laisser l'époux dans le besoin et penser que les ex-époux sont véritablement des tiers l'un envers l'autre et oublier définitivement les relations qui ont pu exister entre eux ? N'y aurait-il pas une certaine équité à admettre qu'un époux qui jusque-là s'était occupé de lui et s'était engagé à le faire au moment du mariage, doit continuer de le faire dans une certaine mesure ? La Juge McLachlin, dans l'affaire *Bracklow c. Bracklow*<sup>1485</sup>, a reconnu l'existence d'une telle obligation fondée sur le seul besoin, et donc une obligation alimentaire, entre les ex-époux. Cette obligation serait issue d'une obligation matrimoniale fondamentale dans laquelle les deux époux se seraient engagés à se soutenir mutuellement et une telle obligation, fondée sur l'équité et le refus de laisser un époux dans le besoin, survivrait à la disparition du mariage. Une telle obligation alimentaire entre époux serait d'ailleurs d'autant plus importante que la solidarité étatique, qui devrait prendre le relais en l'absence de débiteur alimentaire, n'est pas suffisante.

*b. Une solidarité étatique suffisante ?*

**828.** Si l'ex-époux malade ou âgé ne peut se retourner contre ses propres parents, eux-mêmes sans ressources, ou ses enfants dans une situation similaire, la seule personne, en l'occurrence personne morale, capable de l'aider est l'Etat dont il est le citoyen. La question de l'existence et de l'importance de l'aide de l'Etat et donc de la solidarité étatique peut alors se poser. Si, pendant longtemps on a considéré que les individus étaient seuls maîtres de leur destinée et devaient s'organiser pour subvenir eux-mêmes à leur besoin, l'idée d'une solidarité étatique ou sociale s'est progressivement imposée dans les pays occidentaux jusqu'à son apogée avec l'Etat providence ( $\alpha$ ). Aujourd'hui, toutefois, cette solidarité étatique semble remise en cause et plus qu'un Etat entièrement solidaire, l'Etat apparaît comme un Etat partenaire ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) De l'Etat providence...*

**829.** L'idée d'une solidarité étatique importante et généralisée ne s'est imposée que progressivement. Dès l'antiquité l'idée que la société et les individus devaient offrir une aide à certaines catégories défavorisées comme les vieillards ou les infirmes, était présente. Mais

---

<sup>1485</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, paragraphe 49. Voir n°556 et s.

plus particulièrement en France, c'est l'Eglise catholique qui au Moyen-Age a rempli ce rôle d'aide aux plus malheureux avec l'idée de charité et la création d'hospices ou encore d'hôtels-Dieu<sup>1486</sup>. Toutefois dès le XVIème siècle, un véritable processus de sécularisation de l'aide sociale s'est développé. Le roi a alors pris progressivement le contrôle des hôpitaux, une taxe communale fut même créée pour le financement de ceux-ci<sup>1487</sup>. Cette sécularisation bien qu'importante ne fut toutefois pas suffisante et la révolution de 1789 a marqué un tournant essentiel dans l'histoire française de la solidarité étatique. Depuis la fin du XVIIIème siècle, le devoir de solidarité de la collectivité et de l'Etat à l'égard des citoyens français les plus démunis a été constamment affirmé dans les textes constitutionnels<sup>1488</sup>. Ce fut d'abord la Constitution du 3 septembre 1791 qui créa « un établissement général de secours public », cet établissement étant à l'origine du droit au secours qui sera ensuite repris des constitutions ultérieures jusqu'à ce que le préambule de la Constitution de 1946 qui fait aujourd'hui partie du préambule de la Constitution de 1958 précise que « Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence » (art. 11). Cette reconnaissance constitutionnelle de la solidarité sociale s'est concrétisée en France par l'instauration progressive de prestations sociales. Avant la seconde guerre mondiale, les prestations créées s'adressaient à des catégories limitées de la population et avant tout et essentiellement à la population ouvrière. Après la seconde guerre mondiale, tant l'influence de droits étrangers (avec entre autres le droit américain) que, et surtout, le rapport Beveridge de 1942 amenèrent à revoir la politique sociale de la France. Le rapport Beveridge permit de mettre en valeur les problèmes sociaux posés par l'industrialisation, la paupérisation croissante des couches sociales ouvrières, l'insalubrité des quartiers où vivaient les familles ouvrières, la santé précaire d'une grande partie de la population. Un système de sécurité sociale généralisé fut alors créé. Le droit de l'aide et de l'action sociale fut également revu d'une façon plus générale et s'est imposé durablement dans le paysage juridique français et comme le précisent MM. Borgetto et Lafore, un des derniers exemples importants de l'importance de ce droit est certainement l'instauration du RMI, revenu minimum d'insertion

---

<sup>1486</sup> Voir Borgetto Michel et Lafore Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2012, n°12 et s., p. 12 et s. Voir également Potentier Philippe, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. fam.* Mai 2006, n°22, p. 23.

<sup>1487</sup> Borgetto Michel et Lafore Robert, *op. cit.*, n°14, p. 13 et 14.

<sup>1488</sup> Serverin Evelyn, « Les solidarités étatiques à l'épreuve des politiques sociales : aide sociale et soins hospitaliers », dans *Obligation alimentaire et solidarités familiales, Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la Direction de Choquet Luc-Henry et Sayn Isabelle, *Droits et Sociétés*, n°31, 2000, p. 104.

en 1988<sup>1489</sup> (remplacé par le RSA, revenu de solidarité active, en 2009)<sup>1490</sup>. Progressivement l'aide sociale s'est détachée de l'idée de salariat et de travail et s'est étendue à toute la population active ou non active. Les aides sociales et familiales recouvrent désormais un large éventail de prestations. Elles peuvent aider tant l'ex-conjoint âgé dans le besoin avec l'octroi d'allocation aux mères de familles, l'allocation spéciale de vieillesse ou encore l'allocation d'aide sociale de la femme divorcée qui a la charge des enfants, avec l'attribution de l'allocation au parent isolé créée en 1976<sup>1491</sup>.

**830.** Au Canada, la seconde guerre mondiale et le rapport Beveridge furent également essentiels mais la crise de 1929 avait déjà posé la question d'une telle solidarité<sup>1492</sup>. Avant 1929 et la grande dépression des années 30, le Canada n'avait pas de système d'aide sociale. Lorsqu'une personne était dans le besoin, c'est à sa famille que revenait la charge de l'aider<sup>1493</sup>. La crise des années trente suivie de la seconde guerre mondiale et d'un consensus social selon lequel la société devait faire mieux qu'avant la guerre eurent pour résultat la mise en place de nombreux programmes d'aide sociale en faveur des enfants, des personnes âgées ou de personnes dans le besoin. L'Etat apparaissait alors comme une institution susceptible d'améliorer le bien-être de la société<sup>1494</sup>.

**831.** Dans la province du Québec plus particulièrement, la révolution tranquille qui intervint aux cours des années soixante eut pour résultat une intervention plus importante de l'Etat qui a progressivement remplacé l'Eglise dans tous les domaines d'intervention de celle-ci et en particulier dans le domaine social. Avec la reconnaissance de la responsabilité de la société à l'égard de ses membres en matière de santé, d'éducation ou plus généralement dans la nécessité de mener une vie décente, l'Etat est également intervenu dans des domaines qui relevaient essentiellement de la famille. L'Etat – providence est ainsi intervenu par des politiques sociales, avec, entre autres, la création de services sociaux mais aussi l'instauration

---

<sup>1489</sup> Borgetto Michel et Lafore Robert, *op. cit.*, n°28 p. 25 et s.

<sup>1490</sup> *Loi n° 2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion.*

<sup>1491</sup> *Loi n° 76-617 du 9 juillet 1976 portant diverses mesures de protection sociale de la famille.* L'allocation au parent isolée a désormais été englobée dans le revenu de solidarité active (*Loi n° 2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion*, Journal officiel du 3 décembre 2008 et décret d'application n° 2009-404 du 15 avril 2008, Journal officiel du 16 avril 2009).

<sup>1492</sup> Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec* Ed. CEC, 1998, p. 304.

<sup>1493</sup> Lightman Ernie, *Social Policy in Canada*, Ed. Oxford Press, 2003, p. 2 et s.

<sup>1494</sup> Lightman Ernie, *op. cit.*, p. 4.

d'un système public d'éducation<sup>1495</sup>. Ces politiques outre améliorer la vie de chacun, ont également eu pour objectif de diminuer les écarts au sein de la société.

**832.** Tant en France, qu'au Québec et plus généralement au Canada, ont donc été mises en œuvre à la suite de la crise des années trente mais aussi, et surtout, à la suite de la deuxième guerre mondiale d'importantes politiques sociales. Ces politiques découlaient alors de la reconnaissance de la responsabilité collective en faveur de chaque membre de la société et de la mise en œuvre de l'Etat – providence. L'Etat apparaissait comme une assurance de la sécurité financière de chacun de ses citoyens et les budgets relatifs aux politiques sociales étaient alors énormes. Cette situation ne posait alors pas de problème : la croissance économique était au rendez-vous et l'on parle ainsi aujourd'hui de cette période comme de celle des « trente glorieuses ». La politique de l'Etat – providence aurait pu continuer si la croissance économique était restée aussi forte mais, suite aux crises pétrolières des années soixante-dix, aux problèmes économiques qui en ont découlé, et plus encore à la crise économique qui touche le monde depuis 2008, l'Etat a vu son budget diminuer. Il a perdu alors progressivement son rôle de providence et la famille qui avait vu son rôle de solidarité limité en raison de ces politiques sociales retrouve peu à peu sa place, l'Etat ne tentant plus de la remplacer mais, bien plus, de devenir simplement son partenaire<sup>1496</sup>.

*β) ... à l'Etat partenaire?*

**833.** L'Etat, à la suite de la seconde guerre mondiale, s'était substitué à la famille dans un certain nombre de domaines. Son budget était suffisamment important pour qu'il puisse seul assurer l'indépendance économique de chacun des membres de la société. Toutefois, malgré cette importance des aides et de la solidarité étatiques, jamais les obligations alimentaires civiles, applications juridiques de la solidarité familiale, n'ont disparu. Elles semblent donc naturellement reprendre une grande importance au moment où la

---

<sup>1495</sup> Voir Valois Jocelyne, *op. cit.*, p. 86.

<sup>1496</sup> Voir Meulders-Klein Marie-Thérèse, « Chapitre 63 : Famille, état et sécurité d'existence dans la tourmente », dans *Famille, Etat et sécurité économique d'existence, Vol. I Famille*, sous la direction de Meulders-Klein M.-T. et Eekelaar, J. , Ed. Kluwer, 1985, p. 1077 et s., réédité dans Meulders-Klein Marie-Thérèse, *La personne, la famille et le droit, 1968-1998, trois décennies de mutation en occident*, Ed. Bruylant, L.G.D.J., 1999, p. 413 et s.

solidarité étatique fléchit et on parle désormais de « complémentarité » entre les aides publiques et privées<sup>1497</sup>.

**834.** En France, bien que les aides sociales soient importantes, le principe reste celui de la subsidiarité de la solidarité étatique par rapport à la solidarité familiale<sup>1498</sup>. L'article L. 132-6 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de l'action sociale et des familles prévoit ainsi que « Les personnes tenues à l'obligation alimentaire instituée par les articles 205 et suivants du code civil sont, à l'occasion de toute demande d'aide sociale, invitées à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants et à apporter, le cas échéant, la preuve de leur impossibilité de couvrir la totalité des frais »<sup>1499</sup>. D'après cette disposition, la fixation du montant d'une aide sociale dépend donc de la fixation par les débiteurs alimentaires du montant de leur obligation à l'égard de la personne dans le besoin. L'aide sociale n'est octroyée que dans la mesure où le montant des aides alimentaires fournies par ces débiteurs ne sera pas suffisant. Il y a donc bien subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'aide familiale. Cette subsidiarité n'était d'ailleurs pas remise en cause en tant que telle par le Conseil d'Etat dans son étude sur l'« Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine » de 1999<sup>1500</sup>. Ce qui était remis en cause par ce Conseil était bien plus les modalités de mise en œuvre de cette subsidiarité et le fait que les organismes publics devaient d'abord verser l'aide sans se préoccuper d'évaluer les montants susceptibles d'être versés par les débiteurs alimentaires, avant de se retourner contre ceux-ci pour être remboursés. On critique également le fait que cette subsidiarité soit à géométrie variable suivant la prestation concernée et qu'elle puisse aussi dépendre de décisions de personnes comme le président du Conseil général<sup>1501</sup>. Ce principe de subsidiarité était en particulier mis en œuvre dans une des prestations les plus importantes en France, le revenu minimum d'insertion<sup>1502</sup> qui nécessite lors du calcul de son montant par les Caisses d'allocations familiales et de mutualité agricole, la prise en compte des pensions alimentaires

---

<sup>1497</sup> Attias-Donfut Claudine, « Complémentarités entre aides publiques et aides familiales », dans *Entraide familiale et solidarités entre les générations*, sous la direction de Minonzio Jérôme et Pagis Julie, Collection Problèmes politiques et sociaux, 2009, p. 157.

<sup>1498</sup> Donier Virginie et Albert Jean-Luc, « La solidarité à la charge des départements », *AJDA* 2013, p. 272.

<sup>1499</sup> Pour une analyse de l'application de ce principe voir Basset Christiane, *L'obligation alimentaire : des formes de solidarités à réinventer*, Avis et rapports du Conseil économique et social, 2008, p. 30 et suivantes.

<sup>1500</sup> Conseil d'Etat, *Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, Collection Les études du Conseil d'Etat, La documentation française, 1999.

<sup>1501</sup> Basset Christiane, *op. cit.* p. 33. C'est en particulier le cas avec le revenu minimum d'insertion, le président du Conseil général pouvant dispenser ou non un débiteur alimentaire de son obligation.

<sup>1502</sup> Le revenu minimum d'insertion a été remplacé depuis le 1<sup>er</sup> juin 2009 par le revenu de Solidarité active, voir la *Loi n°2008-1249 du 1<sup>er</sup> décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion*.

ou de prestations compensatoires perçue par le débiteur du revenu<sup>1503</sup>. Le Conseil d'Etat dans une décision du 6 janvier 2001<sup>1504</sup> a même considéré que le droit au revenu minimum d'insertion ne commençait que lorsque l'obligation alimentaire prenait fin. En ce qui concerne plus particulièrement les relations entre ex-conjoints, on notera que pour le calcul de ce revenu minimum on tenait compte des prestations compensatoires et donc de l'aide financière que peut obtenir un époux de la part de son ex-époux. Le revenu de solidarité active qui a remplacé le revenu minimum d'insertion<sup>1505</sup> a conservé ce principe de subsidiarité et le nouvel article L. 262-10 du Code de l'action sociale et des familles subordonne le droit à la part de revenu de solidarité active au fait que le foyer fasse prévaloir ses droits aux créances alimentaires qui lui sont dues au titre de l'obligation alimentaire ainsi que son droit à prestation compensatoire dans le cas d'un époux divorcé.

**835.** La subsidiarité de la solidarité sociale par rapport à la solidarité familiale se retrouve au moment de l'évaluation du montant de l'aide ou même simplement de son octroi mais aussi, et cela est plus critiqué car plus problématique à mettre en œuvre<sup>1506</sup>, par la possibilité pour les organismes sociaux de se retourner a posteriori contre les débiteurs alimentaires du bénéficiaire de l'aide. C'est ainsi que les conseils généraux, organismes qui fournissent aujourd'hui une part de plus en plus importante de l'aide sociale en France, peuvent, se retourner, par exemple, contre les descendants – débiteurs alimentaires d'une personne âgée décédée qui avait perçu des aides du département<sup>1507</sup> et même si ces recours en récupération ont été abandonnés pour un certain nombre de prestations, ils s'appliquent

---

<sup>1503</sup> Voir Buchet Daniel, « Les solidarités familiales à l'épreuve des politiques sociales : les caisses d'allocations familiales », dans *Obligation alimentaire et solidarités familiales, Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la Direction de Choquet Luc-Henry et Sayn Isabelle, *Droits et Sociétés*, n°31, 2000, p. 137 et s., et plus particulièrement p. 148. Voir également Voir Borgetto Michel et Lafore Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociales*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006, n°552, p. 509. Voir également Potentier Philippe, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. Fam.* 2006, mai p. 23 et le fait que jusqu'à une circulaire de 1995, on pouvait obliger le débiteur du RMI à engager une action contre ses débiteurs alimentaires ce qui n'était pas sans poser des problèmes au sein de la famille.

<sup>1504</sup> CE 6 juin 2001, *RD sanit. soc.* 37(4), oct.-déc. 2001, p. 853, n. Badel M.

<sup>1505</sup> Le revenu de solidarité active englobe tant l'allocation au parent isolé que le revenu minimum d'insertion. Généralisé à toute la France avec la *loi n° 2008-1249 du 1er décembre 2008*, ses modalités de mise en œuvre ont été détaillées par le *décret d'application n° 2009-404 du 15 avril 2009*.

<sup>1506</sup> Se posent en particulier des problèmes de compétences juridictionnelles et de détermination de l'étendue exacte de l'obligation alimentaire, voir entre autres Serverin Evelyne, « Les processus juridiques de répartitions du coût de la prise en charge des personnes âgées entre la solidarité familiale et la solidarité sociale », *RD sanit. soc.* 28(3) juil.-sept. 1992, p. 526, Grévy Manuela, « La solidarité familiale intergénérationnelle ascendante : quelle justice sociale ? », *RD sanit. soc.* 40(4), oct.-déc. 2004 p. 929

<sup>1507</sup> Il est apparu dès la fin du XIXème siècle qu'il était logique de récupérer l'aide sociale soit auprès du créancier lui-même ayant retrouvé une meilleure fortune soit auprès de sa succession, voir Borgetto Michel et Lafore Robert, *op.cit.*, n°205 et s., p. 200 et s., voir également Vigneau Christophe, « Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », *R.I.D.C.* 1999, p. 51, et plus particulièrement p. 74 et s.

toujours, par exemple, à la succession du bénéficiaire de l'allocataire du Fonds de solidarité vieillesse lorsque l'actif net de la succession est supérieur à un certain montant, ou encore à la succession des personnes bénéficiaires de l'allocation représentative de services ménagers<sup>1508</sup>. Pour certaines autres prestations comme l'allocation personnalisée d'autonomie, un recours en récupération n'est pas possible.

**836.** Certains auteurs français<sup>1509</sup> considèrent aujourd'hui que si le principe de subsidiarité de l'action sociale par rapport à la solidarité familiale existe, il reste limité. Toutefois la situation pourrait évoluer dans l'avenir. En effet, concernant par exemple l'allocation personnalisée d'autonomie, cette prestation dont le financement relève des budgets départementaux, pèse de plus en plus lourd sur ces derniers<sup>1510</sup>. Face à la situation économique actuelle et à la politique de rigueur qui apparaît, la récupération en partie des sommes versées dans le cadre d'une telle allocation pourrait alors être la bienvenue<sup>1511</sup>. De plus, en France, malgré la place importante de l'aide sociale, la solidarité familiale conserve encore un rôle fondamental et les dernières enquêtes sociologiques tendent même à prouver que cette solidarité est loin de diminuer et se retrouve en particulier dans le fait que les jeunes, salariés ou non, reviennent vivre chez leurs parents et les personnes âgées sont de plus en plus aidées par leurs enfants<sup>1512</sup>. Il est d'ailleurs important de souligner qu'une des tranches de population la plus pauvre, soit les jeunes adultes, ne bénéficie de presque aucune aide sociale en France et que c'est essentiellement la solidarité parentale qui va jouer dans ce cas<sup>1513</sup>. Cette

---

<sup>1508</sup> Voir Badel Maryse, « Subsidiarité et aide sociale : quelle actualité ? », *RD sanit. Soc.* 2007, p. 1077.

<sup>1509</sup> Voir Berthet Pascal, « Solidarité intra familiale et action sociale », *AJ Fam.* 2012 p. 186.

<sup>1510</sup> En 2008, la charge de l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) et du revenu minimum d'insertion, devenu revenu de solidarité active, deux importantes mesure d'aide sociale, se montait à 3,6 milliards d'euros. Les dépenses relatives à l'APA vont jusqu'à représenter 15,8% du budget de fonctionnement de certains départements. 25 départements français sur 96 avaient des difficultés pour boucler leur budget en janvier 2010 et les 2/3 des départements pourraient être dans ce cas en 2011. Voir Standard & Poor's, *Les départements français : un système financier à réinventer*, 19 avril 2010. Voir Donier Virginie et Albert Jean-Luc, « La solidarité à la charge des départements », *AJDA* 2013, p. 272 pour une analyse de la situation des départements en 2013.

<sup>1511</sup> Voir Donier Virginie et Albert Jean-Luc, *op. cit.*

<sup>1512</sup> Martin Claude, « Solidarités familiales : l'illusion du renouveau », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 107 et s.

<sup>1513</sup> Ainsi en France en 2010, la moitié des personnes pauvres avaient moins de 30 ans. Le taux de pauvreté était de 10,2 % chez les jeunes adultes âgés de 20 à 29 ans contre 7 % Pour les adultes de 30 à 59 ans et 4,2 % pour les plus de 60 ans (voir Observatoire des inégalités, « Qui sont les pauvres en France ? », sur <http://www.inegalites.fr/> et Burricant Carine, Houdré Cédric et Seguin Eric, « Les niveaux de vie en 2010 », *INSEE Première* n° 1412, septembre 2012. Or pour la population des jeunes adultes, seul le RSA jeune leur est plus particulièrement destiné (9000 bénéficiaires à la fin du mois de juin 2012 contre les 100 000 escomptés initialement par le gouvernement lors de la mise en place de ce dispositif, voir Abhervé Michel, « Moins de 9000 bénéficiaires du RSA jeunes fin juin 2012 », *Alternatives économiques*, publié en ligne le 23 septembre 2012), prestation qui ne peut être obtenue que dans des conditions strictes et n'est en réalité que très peu octroyée. La solidarité familiale est alors la solidarité prépondérante pour ces jeunes.



solidarité même si elle peut sembler nouvelle, n'est toutefois que la continuité d'une solidarité familiale qui a toujours existé. Elle a d'ailleurs été critiquée et on a pu ainsi montrer que lorsqu'une personne était dans le besoin, sa famille l'était également et que cette subsidiarité appauvrit encore plus certaines couches de la population<sup>1514</sup>. Bien que l'Etat français puisse être tenté de privilégier cette solidarité familiale en plein essor, la solidarité étatique doit demeurer et les aides sociales elles-mêmes sont toujours essentielles. Plus que dans un lien de subsidiarité, la famille et l'Etat apparaissent comme complémentaires et l'un ne vient pas remplacer l'autre dans sa totalité.

**837.** Il en est de même au Québec où l'on assiste à un partenariat entre la famille et l'Etat, même si ce partenariat tend aujourd'hui à donner de plus en plus la première place à la famille. On remarque ainsi que la politique sociale québécoise actuelle est marquée par une volonté de privilégier les solidarités familiales inter-générationnelles et le réseau associatif et de solidarité privé. Les femmes québécoises fournissent aujourd'hui des soins et des aides essentielles à leur famille<sup>1515</sup>. Elles permettent souvent à leurs parents âgés de rester dans leur maison en les aidant dans leur vie quotidienne. On remarque également, et inversement, une aide importante des grands-parents envers leurs petits-enfants sous forme, entre autres, de garde des plus jeunes à la fin des cours et jusqu'au retour de leurs parents ou encore sous forme de don d'argent. Cette solidarité inter-générationnelle qui existe dans les faits est d'ailleurs assez paradoxale au regard de l'évolution du droit québécois. En effet alors que cette aide tant matérielle que pécuniaire se développait, le droit québécois a abrogé en 1996 l'obligation alimentaire générale qui existait entre ascendant et descendant et l'a limitée aux seules relations parents-enfants<sup>1516</sup>. La réalité sociologique ne correspond pas aujourd'hui à cette abrogation et la volonté politique n'est d'ailleurs plus vers une remise en cause des solidarités familiales<sup>1517</sup>. Actuellement, le gouvernement québécois remet progressivement en cause l'idée d'aide sociale généralisée et sa théorie serait plutôt celle d'introduire un certain principe de réciprocité et de partenariat entre les personnes et l'Etat. La subsidiarité de la

---

<sup>1514</sup> Potentier Philippe, « Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. Fam.* Mai 2006, n°22, p. 23, et plus particulièrement p. 26. « Plus on possède, plus on peut donner et recevoir » : Attias-Donfut Claudine, « Des générations solidaires », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 113, Basset Christiane, *op. cit.* p. 16.

<sup>1515</sup> Voir Valois Jocelyne, *Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC, 1998, p. 306.

<sup>1516</sup> Voir Castelli D. Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 368. La réforme du droit de l'obligation alimentaire répondait alors à une demande d'un important lobby de personnes âgées qui souhaitaient ne plus avoir à payer pour leurs petits enfants.

<sup>1517</sup> Politique qui n'est d'ailleurs pas toujours bien acceptée : voir Duhaime Gérard, « Offensive contre l'Etat social au Québec », *Le Monde Diplomatique*, Juillet 2004, p. 16 et s.

solidarité étatique reprend sa place en particulier lorsque le bénéficiaire de l'aide sociale perçoit une pension alimentaire<sup>1518</sup>. La volonté politique est d'aller plus vers un accompagnement<sup>1519</sup> de la personne dans le besoin que vers une aide sans contrepartie. C'est en particulier le cas pour l'aide aux jeunes prestataires de l'assurance emploi (l'équivalent des assurances chômages françaises) qui sont désormais obligés de suivre un « parcours individualisé vers l'insertion, la formation et l'emploi ». Le gouvernement avec l'instauration de cette obligation a ainsi souhaité limiter le phénomène de dépendance qui pouvait exister pour certains jeunes envers l'assurance emploi<sup>1520</sup>. Il s'agissait également certainement de limiter les dépenses publiques en incitant les jeunes bénéficiaires à retrouver un emploi. Malgré l'opposition populaire, le gouvernement québécois a également renforcé cette obligation de recherche d'emploi pour les bénéficiaires de l'aide sociale âgé de 55 à 58 ans mais également pour les couples ayant un enfant de moins de 5 ans. Ainsi ces bénéficiaires ne pourront obtenir le supplément mensuel de 129 \$ que s'ils ont engagé un processus de retour au travail<sup>1521</sup>.

**838.** Le gouvernement québécois cherche donc à limiter ses dépenses sociales avec la mise en œuvre d'un véritable partenariat entre l'Etat et les particuliers. Au niveau fédéral, la politique sociale va dans le sens d'une limitation drastique des dépenses sociales. En 1993, les libéraux qui venaient d'être élus à la tête du Canada firent de la diminution de la dette publique leur priorité<sup>1522</sup>. Ils effectuèrent alors de grandes coupes dans le budget destiné aux aides sociales. Le coup de grâce fut alors définitivement asséné en 1995 avec l'adoption d'un accord avec les provinces afin que celles-ci prennent désormais en charge l'organisation de ces aides sociales et, plus encore, avec un transfert de budget annuel amputé de 6 à 7 milliards de dollars par rapport au budget précédent. Le gouvernement canadien élimina alors en grande partie son déficit en déléguant les aides sociales aux provinces et épongea la fin de sa dette en utilisant le bénéfice de l'assurance chômage qui était d'environ sept milliards de dollars pour les années budgétaires 1997-1998 et 1998-1999. A la suite des événements du 11 septembre 2001, si le budget canadien de la défense fut augmenté, il n'en fut rien pour celui

---

<sup>1518</sup> Article 63 de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, L.R.Q. chapitre A-13.1.1.

<sup>1519</sup> Lévesque Kathleen et Chouinard Tommy, « Aide sociale : par ici la sortie ! », *Le Devoir*, 10 novembre 2003.

<sup>1520</sup> Voir *Le rapport de la ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale sur l'application de certaines dispositions de la Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, Gouvernement du Québec, 2005, p. 6.

<sup>1521</sup> Radio Canada, « La réforme de l'aide sociale entre en vigueur au Québec », 1<sup>er</sup> juillet 2013.

<sup>1522</sup> Lightman Ernie, *Social Policy in Canada*, Ed. Oxford Press, 2003, p. 23.

de l'aide sociale<sup>1523</sup>. Bien que les écarts sociaux se creusent constamment au Canada<sup>1524</sup>, l'Etat semble s'être désintéressé de la solidarité étatique et c'est aujourd'hui la famille qui apparaît à ses yeux comme le principal soutien aux personnes dans le besoin. C'est d'ailleurs ce qu'a reconnu la Cour suprême en instaurant une véritable obligation alimentaire entre ex-époux et en entérinant ainsi l'existence d'une solidarité post-divorce entre ex-époux<sup>1525</sup>.

**839.** Face à la situation économique mondiale actuelle, les Etats sont confrontés à de nouvelles difficultés économiques qui vont certainement avoir pour conséquence un renforcement de la solidarité familiale<sup>1526</sup>. La famille risque alors d'être de nouveau mise à contribution et l'intérêt peut alors être d'étendre le nombre de ses membres susceptibles de devenir des débiteurs potentiels. L'ex-époux qui a été un membre très proche de la famille et qui s'est engagé à aider son ex-conjoint lors du mariage, peut alors faire partie de ces nouveaux débiteurs et l'institution d'une pension alimentaire entre ex-conjoints n'est pas à exclure. Toutefois, de même que les nouvelles obligations indemnitaires entre ex-conjoints, elle devra être encadrée.

## § 2. LES NOUVEAUX REGLEMENTS PECUNIAIRES POSSIBLES

**840.** Avant de faire toute proposition de nouvelles institutions, nous souhaiterions simplement préciser que notre objectif est de clarifier le droit des obligations pécuniaires entre ex-conjoints en tentant de déterminer un fondement par obligation et donc un régime clair et déterminé pour chacune d'entre elles. Afin de redonner une certaine confiance aux justiciables dans le droit des conséquences du divorce, une telle clarification nous semble en effet

---

<sup>1523</sup> L'Etat n'a baissé ses aides que de 2,5% par capita au Canada. Cela n'est pas énorme mais entre 1960 et 1980 les aides avaient été multipliées par 5... Voir Hervé Gauthier, Exposé dans « Atelier 12 : Quelles stratégies de l'Etat face aux familles? », *Démographie et famille, Les impacts sur la société de demain, Les actes du colloque*, Conseil de la famille et de l'enfance, 2001, p. 192.

<sup>1524</sup> Au Canada, les inégalités de revenus et la pauvreté ont fortement augmenté au cours des dix dernières années, plaçant le Canada par les pays de l'OCDE au sein desquels les inégalités ont le plus augmenté. Cette augmentation s'explique entre autres par le fait que le Canada a moins aidé les personnes sans emplois et les familles que la plupart des pays de l'OCDE, voir le rapport sur les inégalités de revenus et la pauvreté publiés par l'OCDE le 21 octobre 2008 et plus particulièrement le rapport relatif au Canada, <http://www.oecd.org/dataoecd/44/48/41525292.pdf>

<sup>1525</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320

<sup>1526</sup> En France, le gouvernement réfléchit depuis le début de l'année 2013 à une réforme des prestations familiales. Une des pistes évoquées a été celles de la mise sous condition de ressources d'un certain nombre de prestations qui jusque là n'y étaient pas soumises. Cette condition de ressources aurait alors permis de diminuer le nombre de bénéficiaires de ces prestations et de permettre un certain nombre d'économies. Voir le rapport de M. Fragonard, Fragonard Bertrand, Le Hot Elisabeth, Leprince Frédérique et Bonnevide Pascale, *Les aides aux familles*, Avril 2013.

nécessaire et nous n'adoptons pas la position de certains auteurs qui retiennent une seule est unique obligation entre conjoints avec un fondement multiple<sup>1527</sup>. Les incertitudes jurisprudentielles qui existent actuellement en France et au Canada, nous incitent en effet à ne pas retenir cette dernière conception.

**841.** Nous souhaiterions également ajouter une autre précision concernant les régimes matrimoniaux avant de nous attarder sur les autres institutions pécuniaires post-divorce que nous souhaitons proposer.

#### **A. Un nouveau régime matrimonial ?**

**842.** La commission européenne de droit de la famille (Commission on European Family Law, CEFL) s'est intéressée à la possibilité de déterminer un type de régime matrimonial européen<sup>1528</sup>. Après une étude des différents droits nationaux européens, elle a conclu que deux régimes pouvaient être retenus : la communauté d'acquêts et la participation aux acquêts. Elle a alors considéré les avantages de chacun de ces régimes. La communauté d'acquêts permet de promouvoir la solidarité entre époux et est favorable pour l'époux qui ne détient aucune propriété et ne travaille pas. De plus, il donne à chaque époux un droit de propriété sur les biens communs, plus favorable qu'un simple droit de créance. Quant à la participation aux acquêts, elle préserve l'indépendance des époux, est favorable aux époux qui détiennent chacun leurs biens propres et/ou sont actifs et donnent un droit à chacun des époux sur l'enrichissement acquis pendant le mariage. En considération de ces différents avantages, la commission ne s'est toutefois pas prononcée en faveur de l'un ou de l'autre des régimes et a préféré préconiser les deux régimes d'une façon générale.

**843.** En France le régime légal de la communauté d'acquêts semble bien convenir à la population française. Sa modernisation au cours des années soixante et quatre-vingts lui a permis de s'adapter aux évolutions de la société : il est fortement adopté par les conjoints

---

<sup>1527</sup> Nous allons alors à l'encontre des propositions faites par la Commission sur le droit européen de la famille qui, pour sa part, propose plutôt une seule obligation sans d'ailleurs particulièrement se poser la question de la multitude de fondements, voir Boele-Woelki Katharina, Ferrand Frédérique, Gonzales Beilfuss Cristina, Jänterä-Jareborg Maarit, Lowe Nigel, Martiny Dieter et Pintens Walter, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Ed. CEFL, 2004.

<sup>1528</sup> Boele-Woelki Katharina, Ferrand Frédérique, Gonzalès Beilfuss Cristina, Jänterä –Jareborg Maarit, Lowe Nigel, Martiny Dieter et Pintens Walter, *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Ed. Intersentia, 2013.

(même si beaucoup le font tout simplement sans le savoir) et paraît bien concilier les impératifs de partage et d'une certaine indépendance souhaité par les conjoints.

**844.** Toutefois, certains s'interrogent sur la possibilité d'adopter un nouveau régime matrimonial légal. C'est en effet ce que proposait M. le professeur Simler<sup>1529</sup> en 2000. Il justifiait sa position par le fait que de plus en plus de conjoints se trouvent confrontés au cours du mariage ou même à la fin de celui-ci, aux créanciers de leur époux, souvent dans le cadre d'une procédure collective, et qu'il est alors nécessaire de trouver un moyen de protéger leur part de biens communs des saisies de ces créanciers. Le régime de communauté ne prévoit effectivement pas de protection, la grande majorité des dettes apparues après le mariage sont communes et, en cas de procédure collective, la masse commune tout entière, à l'exception des gains et salaires du conjoint, est appréhendée par les créanciers de l'époux débiteur défaillant<sup>1530</sup>. M. Simler propose alors de modifier le régime légal pour un régime qu'il qualifie de « communauté différée ». Dans le cadre de cette communauté, les biens seraient la pleine propriété de l'un ou de l'autre des conjoints pendant le mariage et seraient gérés en totale liberté par chacun des deux époux. Seuls certains actes nécessiteraient le consentement de l'autre époux, actes qui sont semblables à ceux où l'accord des deux conjoints est nécessaire dans le cadre de la communauté comme, par exemple la vente d'un immeuble. Les acquêts auraient vocation à être partagés au moment de la dissolution du régime. M. Simler souhaiterait, de plus, que dans le cadre de ce régime l'esprit communautaire subsiste avec, par exemple, le remploi ou encore les récompenses. Ce régime, en laissant à chacun des époux la pleine propriété de ses biens, aurait ainsi pour avantage que l'un des époux ne pourrait être poursuivi par les créanciers de son conjoint sur ses biens. Il assurerait ainsi une meilleure protection des époux que le régime de communauté de biens. Ce nouveau régime, à quelques exceptions près, n'est pas sans rappeler la société d'acquêts québécoise. Il est permis de penser que, si les régimes de communautés ou de participation et de société d'acquêts amènent au même équilibre dans le partage des biens à la dissolution du régime, en ce qui concerne la protection de cet équilibre, en particulier face aux créanciers, la société d'acquêts québécoise (ou la participation aux acquêts française) est la plus adaptée et la plus protectrice des intérêts des conjoints et de l'équité. Ce régime confère en effet aux époux la même protection que la séparation de biens pendant le mariage en permettant à chacun de ceux-ci de

---

<sup>1529</sup> Simler Philippe, « Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », *Dr. Fam. H.S.* décembre 2000, p. 30.

<sup>1530</sup> Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n° 418, p. 320 et s.

conserver en propre tous ses biens mais aussi toutes ses dettes, en distinguant bien les patrimoines des époux et en les protégeant face aux créanciers de l'autre époux. Mais tout en instaurant cette séparation pendant le mariage, il réinstaura un partage des acquêts au moment du divorce et reconnaît que chacun des époux a pu permettre à l'autre et à la famille de s'enrichir.

**845.** Lors d'un colloque tenu à Paris le 27 novembre 2008<sup>1531</sup>, la question d'un possible changement de régime matrimonial en droit français s'est de nouveau posée. S'il est apparu que certains problèmes pouvaient apparaître relativement à la communauté d'acquêts comme l'incertitude autour de la notion d'acquêts<sup>1532</sup>, l'engagement des biens communs par les époux<sup>1533</sup> ou la faillite, déjà évoquée par M. Simler, de l'un des conjoints, ces problèmes ne sont pas apparus comme insurmontables. C'est ainsi qu'ils pourraient être résolus par de simples adaptations des dispositions législatives existantes mais aussi par une information fondamentale des époux relativement à leur régime matrimonial et aux différents régimes possibles lors de leur mariage<sup>1534</sup>. Comme l'ont fait remarquer les professionnels du droit présents, juges, avocats et notaires, bien plus que le régime légal, ce sont les relations entre les conjoints qui posent un problème et quel que soit le régime existant, si les époux sont en conflit ce régime leur paraîtra injuste et inadapté. Enfin, nous ne pouvons que rejoindre M. Champenois<sup>1535</sup> qui considère que ce n'est pas parce que les dispositions relatives au régime légal de communauté n'ont pas été modifiées depuis plus de vingt ans qu'elles sont obligatoirement obsolètes et inadaptées à la société. Quoiqu'en pensent certains, le régime légal de la communauté d'acquêts tel qu'il a été revu en 1985 demeure le régime le mieux adapté à la société et à la mentalité française et permet aujourd'hui un partage que nous considérons comme juste et équitable entre les conjoints des biens acquis pendant le mariage.

**846.** Il peut également être intéressant de remarquer que le législateur ontarien a adopté en 1986 un nouveau régime permettant un partage égal entre les époux à la dissolution du mariage de l'enrichissement dont a bénéficié la famille et les époux au cours du

---

<sup>1531</sup> *La communauté de biens entre époux : bilan critique*, Colloque organisé par l'institut de recherche de Droit des Affaires (IRDA) de l'Université Paris 13 tenu le 27 novembre 2008 en la Grand' Chambre de la Cour de cassation, publié au JCP N. 2009 n°22 du 29 mai 2009.

<sup>1532</sup> Intervention de M. Arnaud Cermolacce, « L'introuvable acquêts », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1186, p. 15.

<sup>1533</sup> Intervention de M. Philippe Simler, « Les emprunts et cautionnements des époux : le désordre généré par l'art. 1415 du Code civil », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1188, p. 26.

<sup>1534</sup> Intervention de M. Rémy Cabrillac, « Le passif professionnel : l'efficacité des parades légales pour protéger le patrimoine familial », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1189, p. 32.

<sup>1535</sup> Synthèse du colloque par M. Gérard Champenois, *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1193, p. 47.

mariage<sup>1536</sup>. Ainsi, chacun des époux est libre de gérer ses biens pendant le mariage et reste propriétaire de ceux-ci. Un patrimoine d'acquêts net (*net family property*) comprenant tous les biens des époux à l'exclusion, entre autres, des biens acquis par succession<sup>1537</sup>, et duquel ont été déduites les dettes des époux, est alors calculé à la fin du mariage pour chacun des conjoints. L'époux qui a le patrimoine le moins élevé a une créance envers son conjoint correspondant à la moitié de la différence existant entre les deux patrimoines (créance = patrimoine du plus riche – patrimoine du moins riche ÷ 2)<sup>1538</sup>. Ce régime semble très proche de la société d'acquêts québécoise<sup>1539</sup> et de la participation aux acquêts française.

**847.** De même, le régime matrimonial franco-allemand conventionnel qui a été retenu, est proche de la participation aux acquêts<sup>1540</sup>. Ce nouveau régime facultatif est né de la volonté des autorités politiques de mettre en place un régime commun aux deux pays pour les couples mixtes mais aussi pour les couples vivant en Allemagne ou en France (et donc les couples français vivant en France<sup>1541</sup>) ou auxquels est applicable le droit matrimonial allemand ou français, même s'ils vivent dans un Etat tiers. Soumis à la ratification des parlements des deux pays, il est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2013<sup>1542</sup>. Ce régime s'inspire des deux régimes de participation aux acquêts, français et allemand et détermine un régime intermédiaire, compromis entre les deux droits, avec par exemple, la mise en place d'un noyau dur d'ordre public inspiré du droit français (protection du logement familial, possibilité pour l'un des époux de demander l'autorisation de passer seul un acte pour lequel l'autorisation du conjoint est nécessaire lorsque celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus ne se justifie pas par l'intérêt de la famille, solidarité entre les époux pour les dettes ménagères qui cesse en cas de dettes ayant un caractère manifestement

---

<sup>1536</sup> Family Law Act, S.O. 1986, c. 4, voir Hovius Berend et Youdon Timothy G., *The Law of Family Property*, Carswell, 1991. Loi revue par Family Law Act de 1990, R.S.O. 1990, c. F.3.

<sup>1537</sup> Sect. 2 Family Law Act de 1990, R.S.O. 1990, c. F.3.

<sup>1538</sup> Sect. 5(1) du Family Law Act de 1990, R.S.O. 1990, c. F.3.

<sup>1539</sup> Pour une étude détaillée de ce régime voir Hovius Berend et Youdon Timothy G., *op. cit.*, p. 201 et s.

<sup>1540</sup> Bourdeau-Meier Alice, « Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne portant création d'un régime matrimonial commun », *JCP N.* 2010, n°10 du 12 mars 2010, act. 257 ; Simler Philippe, « Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », *JCP N.* 2010, n°20 du 21 mai 2010, 1203; Letellier Hugues, « Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco-allemand », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2010, n°212, p. 24 ; Avena-Robardet Valérie, « Régime matrimonial franco-allemand commun de participation aux acquêts », *AJ Fam.* 2011 p. 175 ; Sauvage François, « La dualité du régime matrimonial de participation aux acquêts a-t-elle un avenir ? », *RJPF* avril 2014, analyse. Voir le dossier Régime matrimonial optionnel franco-allemand, *AJ Fam.* 2014, p. 400 et s.

<sup>1541</sup> Sauvage François, *op. cit.* Pour une analyse du champ d'application de ce nouveau régime voir Petra Hammje, « Régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts franco-allemand », *AJ Fam.* 2014, p. 400.

<sup>1542</sup> Décret n° 2013-488 du 10 juin 2013, « Dispositions de l'accord franco-allemand instituant le régime optionnel de participation aux acquêts », *Dr. Fam. juillet* 2013, alerte n°41.

excessif) ou encore des règles d'évaluation du patrimoine originaire compromis entre les deux droits (biens évalués en valeur au jour de l'entrée en vigueur du régime ou de l'acquisition des biens sous réserve de l'indexation de cette valeur sous la variation moyenne de l'indice général des prix à la consommation des Etats contractants). Il a aussi été prévu que la créance de participation ne pourrait dépasser la moitié de la valeur du patrimoine de l'époux débiteur (sauf clause contraire des époux dans le contrat de mariage). Ce nouveau régime, transaction entre deux droits, pourrait préfigurer le droit commun des régimes matrimoniaux de demain et d'autres Etats européens envisagent déjà d'adhérer à la convention le mettant en œuvre<sup>1543</sup>.

**848.** Certains droits tendraient donc actuellement à aller dans le sens d'un régime similaire à la société d'acquêts qui tout en laissant liberté et indépendance aux conjoints pendant le mariage, assure un partage de l'enrichissement entre ceux-ci au moment de la dissolution du régime. Toutefois au Québec se pose une autre question, celle du patrimoine familial. En effet, ce patrimoine familial impératif concerne souvent la totalité des biens détenus par les époux et peut rendre inutile le régime matrimonial secondaire adopté. Même si elle est le résultat d'une bonne intention de la part du législateur, la question de l'impérativité de ce régime est discutée, ceci d'autant plus que certains cherchent à y échapper en investissant dans des produits financiers plutôt que dans la résidence familiale. Le Comité consultatif sur le droit de la famille québécois qui a rendu son rapport en juin 2015 a d'ailleurs proposé que le patrimoine familial, tout en se substituant à la société d'acquêts, ne soit plus impératif et que, au nom de la liberté des époux, ceux-ci puissent opter pour un autre régime matrimonial<sup>1544</sup>.

**849.** Le régime matrimonial, qui pourrait se rapprocher du régime idéal apparaît aujourd'hui comme celui qui privilégie le partage des biens entre les époux et l'égalité de ceux-ci. Le régime de la société d'acquêts québécoise et la participation aux acquêts française, tout en permettant un tel partage, laissent les conjoints propriétaires exclusifs de leurs biens pendant le mariage et fait donc en sorte qu'ils ne soient pas solidaires face aux créanciers extérieurs. Ce régime pourrait donc permettre de pallier à l'une des principales critiques faites à la communauté légale française, celle de laisser les créanciers de l'un des conjoints en « faillite » avoir accès aux biens communs. Toutefois, si ce régime permet de régler certains

---

<sup>1543</sup> Clerget Emmanuel, « Dossier Régime matrimonial optionnel franco-allemand : la liquidation du régime matrimonial optionnel franco-allemand », *AJ. Fam.* 2014, p. 405

<sup>1544</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015, p. 225.



problèmes de la communauté, il semble que la société française soit encore très fortement attachée à l'idée même de communauté : pour elle le mariage met en place une communauté tant sentimentale que financière. Même si un régime légal idéal pourrait être un régime proche de la société d'acquêts québécoise, celui-ci ne serait certainement pas bien accepté par la société française et, vu l'échec de la participation aux acquêts et le refus d'en faire le régime légal français<sup>1545</sup>, il ne nous paraît alors pas judicieux d'effectuer un tel changement.

**850.** Le régime matrimonial idéal doit avant tout permettre de reconnaître que le mariage est une association entre les conjoints et permettre de partager les biens acquis par le labeur commun des conjoints. Mais, nous l'avons vu dans la partie précédente, il n'a jamais été suffisant pour rééquilibrer toutes les iniquités qui ont pu naître pendant le mariage et des obligations indemnitaires et compensatoires sont alors nécessaires.

## **B. Des nouvelles institutions indemnitaires et compensatoires**

**851.** Les nouvelles théories<sup>1546</sup>, qui se veulent des critiques de la théorie compensatoire, pourraient être mise en œuvre, à la place de l'ancienne théorie, lorsque, au moment du divorce, certains époux souffrent de problèmes économiques qui apparaissent être la conséquence de sacrifices faits pendant le mariage. C'est, en particulier, le cas du conjoint qui a abandonné son travail ou accepté un travail à temps partiel pour se consacrer à l'entretien du foyer et l'éducation des enfants. Comme il ne paraît plus possible aujourd'hui de laisser ce conjoint souffrir des conséquences du mariage et de terminer le mariage avec un simple *clean break* en considérant que chacun doit subvenir seul à ses besoins, ces nouveaux fondements pourraient être à l'origine d'une possible obligation entre ex-époux.

**852.** Toutefois, l'idée d'un versement automatique et transitoire d'une somme d'argent à l'ex-conjoint qui en a le moins, en raison de la durée du mariage et du fait qu'il faut un certain temps pour qu'un contrat de longue durée cesse d'avoir des effets, ne nous convainc point. En effet, verser une pension temporaire par le simple fait que le mariage a duré un certain temps sans chercher si ce mariage est vraiment la cause de revenus moins élevés, nous semble injuste. L'obligation entre ex-conjoints doit être causée et avoir une justification afin d'être mieux acceptée par ces conjoints eux-mêmes.

---

<sup>1545</sup> Voir supra n°246 et s.

<sup>1546</sup> n°599 et s.

**853.** Il en est de même de la fusion du capital humain. Cette théorie<sup>1547</sup> n'est certainement pas mauvaise mais elle nous paraît simpliste et ne tient pas compte du fait que certains conjoints peuvent naturellement avoir un « capital humain » moins élevé en raison de capacités intellectuelles plus limitées. Le mariage leur permettrait ainsi de pouvoir bénéficier du capital de l'autre alors même qu'ils n'auraient pas sacrifié le leur. Cela pourrait correspondre, par exemple, au cas d'une ingénieure qui se marierait avec un caissier de supermarché. Tous deux resteraient mariés pendant 10 ans, n'auraient pas d'enfants et ne laisseraient pas de côté leur carrière. Si l'on retient la théorie de la fusion, la conjointe ingénieure devrait automatiquement payer une pension à son ex-conjoint moins bien rémunéré, le mariage ayant amené à la création d'un capital humain qui doit être partagé à la suite du mariage. Le mariage serait alors un véritable jackpot pour le conjoint ayant originellement des revenus inférieurs à son conjoint. Cette solution ne nous semble donc pas adaptée.

**854.** L'autre nouvelle théorie de partage des revenus est celle fondée sur l'idée de partenariat et sur l'idée que la contribution d'un des conjoints a permis à l'autre d'améliorer sa situation professionnelle<sup>1548</sup>. Cette théorie bien que séduisante, pose un gros problème de preuve car le conjoint devra prouver, par exemple, que son travail au foyer a permis de contribuer directement à l'amélioration de la carrière de son époux. Cette théorie recoupe, de plus, largement le fonctionnement du régime matrimonial, puisque nous l'avons vu, celui-ci permet de partager l'enrichissement dont a bénéficié le couple pendant le mariage et donc de faire ressortir le caractère de partenariat du mariage. Elle n'est pas de plus, sans rappeler, celle de l'enrichissement sans cause à laquelle nous nous intéresserons ensuite. De même que les autres théories, en raison de la lourdeur de la preuve qu'elle fait peser sur le demandeur, il nous semble préférable de la rejeter.

**855.** Il nous semble donc que la meilleure théorie à retenir en définitive est celle, ancienne, de la compensation pour perte de chance, le conjoint ayant abandonné en tout ou en partie sa carrière professionnelle à la suite de choix faits par les époux afin qu'il puisse se consacrer à l'entretien du foyer et à l'éducation des enfants. La prestation compensatoire aurait ainsi pour rôle de « rétablir un équilibre rompu du fait des choix pris en commun par les

---

<sup>1547</sup> n° 604

<sup>1548</sup> n° 601 et s.

époux pendant le mariage »<sup>1549</sup>. Cette théorie actuellement mise en œuvre est la plus simple à envisager au niveau de la preuve, le conjoint désavantagé n'ayant qu'à prouver qu'il a dû quitter totalement ou en partie son emploi pour s'occuper du foyer et des enfants. Ce fondement est également le plus acceptable pour les ex-conjoints et il nous apparaît donc qu'il devrait être à l'origine d'une obligation entre ex-conjoints. Cette obligation amènerait alors au versement d'une véritable « prestation compensatoire » ayant pour seul objectif de compenser le préjudice économique né des sacrifices faits par l'un des conjoints pendant le mariage.

**856.** L'objectif idéal serait de verser cette prestation compensatoire sous forme de capital et pour cela des tables de calcul nous sembleront utiles ainsi que nous le verrons ultérieurement<sup>1550</sup> (en l'absence de capital, des versements échelonnés pourront aussi être prévus). Fixer forfaitairement ce préjudice aurait pour conséquence que le remariage de l'époux créancier n'aurait pas d'incidence sur cette prestation puisque celle-ci ne varierait plus et serait considérée comme une réparation des choix faits dans le passé.

**857.** Si les nouveaux fondements ne sont pas à l'origine de la nouvelle version de la « prestation compensatoire », la nouvelle théorie originale mettant en valeur la responsabilité parentale, nous semble, pour sa part, devoir être retenue. Prendre comme unique fondement la responsabilité parentale nous semblait limitatif pour une prestation compensatoire puisque tous les conjoints n'ont pas d'enfants. Mais, le problème de la charge des enfants nous semble toutefois devoir se poser après le divorce. Si la pension alimentaire destinée aux enfants devrait prendre en compte toutes les charges relatives aux enfants, il semble bien qu'elle soit insuffisante et que, surtout, elle ne prenne pas en compte des charges cachées comme, par exemple, l'obligation de s'installer près d'une école ou l'obligation de limiter ses heures de travail pour le parent chez qui les enfants résident.

**858.** Afin de pallier à ces charges cachées, deux possibilités se présentent. La première est d'augmenter tout simplement la pension alimentaire versée pour l'enfant au parent gardien afin qu'il soit également dédommagé de ces frais. La seconde est de lui verser directement et à son propre nom une indemnité pour la garde des enfants en plus de la pension alimentaire des enfants. Ainsi que nous l'avons vu, un tel système existe en Allemagne et est

---

<sup>1549</sup> Théry Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 133.

<sup>1550</sup> Voir le chapitre suivant.

en partie pris en compte dans le cadre de la pension alimentaire canadienne. Il est également possible de l'envisager en France avec le risque, peut-être, de multiplier les obligations possibles entre ex-conjoints. Etablir une telle obligation indépendante aurait toutefois comme intérêt de lui donner un régime propre, versée sous forme de pension et limitée à la durée nécessaire pour l'éducation des enfants, et comme avantage de reconnaître expressément la charge qui peut peser sur le parent gardien. Une telle indemnité pour le parent gardien pourrait donc être envisagée, ceci d'autant plus qu'elle pourrait, plus que tout autre, intervenir également en dehors de tout mariage, par le simple fait qu'il y ait des enfants et que ceux-ci résident chez l'un des parents et pas l'autre. Ce n'est en effet pas le mariage qui est l'origine de cette obligation mais bien la parentalité.

**859.** Deux nouvelles obligations pourraient ainsi être instituées : une prestation compensatoire destinée à réparer (uniquement) le préjudice subi au moment du divorce en raison des choix faits pendant le mariage et une indemnité pour la garde des enfants lorsque l'un des ex-conjoints obtient la garde de ceux-ci.

**860.** Toutefois ces obligations ne nous semblent pas suffisantes et deux questions se posent encore. Dans les droits étudiés, il apparaît aujourd'hui que les régimes matrimoniaux légaux existant et le possible régime matrimonial envisagé permettent une redistribution équitable voire égalitaire du patrimoine acquis par les époux. La liquidation du passé patrimonial du couple amène donc le plus souvent à ce que les époux repartent du mariage avec des patrimoines identiques. Il est toutefois envisageable qu'un époux ait pu enrichir son patrimoine propre grâce, entre autre, au travail de son conjoint. Ce sera, en particulier le cas lorsque le conjoint aura travaillé bénévolement dans l'entreprise de son ex-époux. La prestation compensatoire si elle a pour objectif de pallier aux iniquités économiques nées des choix faits par les époux pendant le mariage, ne permet pas de compenser un tel enrichissement. L'enrichissement sans cause doit alors pouvoir continuer à jouer, en particulier en cas de séparation de biens. La comparaison entre les droits français et québécois nous a alors permis de constater que la solution québécoise d'instituer une « prestation compensatoire » dont le but exprès est d'assurer le dédommagement du conjoint qui a permis à l'autre de s'enrichir, est la meilleure. Il nous apparaît essentiel de prévoir expressément pour les ex-conjoints une réparation fondée sur l'enrichissement sans cause entre conjoints afin d'éviter les questions jurisprudentielles relatives à l'existence même d'un possible enrichissement sans cause et donc d'éviter la jurisprudence actuelle qui est très réticente pour

retenir la possibilité d'un tel enrichissement. Il est nécessaire de préciser que cette réparation aura pour objectif de compenser l'enrichissement avéré au moment du divorce et qui est donc intervenu pendant le mariage, dans le passé. Elle aura pour objectif de réparer l'enrichissement qui est la conséquence tant d'un travail professionnel que d'un travail au foyer excessif par rapport à celui qui aurait dû être fourni dans le cadre de la contribution normale aux charges du mariage et qui a eu des conséquences importantes pour le développement de la carrière du conjoint. Cette réparation calculable précisément au moment du divorce ne pourra être versée que sous forme de capital. Nous pourrions la qualifier « d'indemnité pour enrichissement sans cause entre conjoints ».

**861.** La question peut enfin se poser du possible maintien d'une obligation entre ex-époux fondée sur la faute. Si les droits canadien et québécois ne reconnaissent plus l'existence expresse d'une telle obligation entre ex-conjoints, il n'en est pas de même en droit français. L'article 266 du Code civil continue en effet à reconnaître, dans le cadre du divorce pour faute aux torts exclusifs ou dans le cadre d'un divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal, la possibilité de dommages et intérêts en faveur d'un des ex-conjoints « en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage ». Dans le but de protéger le conjoint « victime » soit parce qu'il se voit imposer le divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal (cela lui donne alors une sorte de défense tel que cela existait avec la clause de dureté dans le cadre du divorce pour rupture du lien conjugal) soit parce qu'il est reconnu innocent dans le cadre du divorce pour faute<sup>1551</sup>, cet article a été maintenu à la suite de la réforme du droit du divorce de mai 2004<sup>1552</sup>, et ceci alors même que cette réforme avait pour objectif de pacifier le divorce et de faire disparaître la faute des conséquences du divorce<sup>1553</sup>. Il fait toutefois aujourd'hui l'objet de critiques<sup>1554</sup> même si certains considèrent qu'il permet d'avoir une action en responsabilité qui sanctionne spécifiquement les obligations liées au mariage<sup>1555</sup>. On notera qu'aujourd'hui la jurisprudence encadre strictement cette responsabilité en limitant les cas de particulière gravité<sup>1556</sup>.

---

<sup>1551</sup> Rapport de M. Delnatte, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat (n°1338), relatif au divorce, rapport n°1513 trouvé sur <http://www.assemblee-nat.fr/12/rapports/r1513.asp>

<sup>1552</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 *relative au divorce*.

<sup>1553</sup> Voir Gérald Patrice, Commission des Lois du Sénat, *Le divorce, Rapport n°120 (2003-2004)*, trouvé sur [http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120\\_mono.htm](http://www.senat.fr/rap/103-120/103-120_mono.htm)

<sup>1554</sup> Voir Oudin Federica, « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *R.J.P.F.* 2006, n°2, p. 6.

<sup>1555</sup> Voir Hauser Jean, « Le divorce nouveau et la responsabilité », *Droit et patrimoine* 2005 n°136, p. 78.

<sup>1556</sup> Voir ainsi : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, commentaire de Piwnica Dominique, « Les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil dans la loi du 24 mai 2004 », *JCP G* 2009 n°49, p. 44, chronique n°407 ; Massip

**862.** Nous considérons pour notre part que cette responsabilité pour faute spécifique au droit du divorce posée à l'article 266 doit disparaître. En effet, l'un des problèmes de cet article est sa mise en œuvre, son domaine d'application étant difficile à délimiter en raison de l'existence tant de la prestation compensatoire que de la responsabilité de droit commun de l'article 1382 du Code civil<sup>1557</sup>. Même, si l'on cherche à bien distinguer les domaines d'applications de ces deux responsabilités, il nous semble donc que la seule responsabilité de droit commun pourrait être suffisante. La disparition de l'article 266 ne poserait alors pas de problème puisque les justiciables pourraient faire valoir leurs droits sur le fondement de l'article 1382<sup>1558</sup>. La nécessité de conserver une responsabilité pour faute spécifique pour les conséquences du divorce ne nous paraît également pas particulièrement justifiée à une période où l'on cherche à pacifier le divorce. Il peut, de plus, être paradoxal de laisser la possibilité à un époux de demander le divorce tout en conservant une possible responsabilité pour faute à son encontre. Enfin, les droits canadiens et québécois ne connaissent pas une telle disposition et, même si le droit québécois a mis un certain temps pour sanctionner les conjoints auteurs de maltraitance<sup>1559</sup>, ces derniers sont aujourd'hui condamnés sur le fondement du droit commun. Il nous apparaît donc nécessaire, dans une logique de clarification et de pacification des conséquences du divorce, de faire disparaître l'article 266 du Code civil et donc de faire disparaître toute obligation entre conjoints fondée sur la faute.

**863.** Certains nous reprocheront de faire disparaître avec l'article 266 la responsabilité qui sanctionnait les effets du mariage en droit français. Il nous semble toutefois au regard de la jurisprudence que c'est en réalité le plus souvent l'article 1382 du Code civil qui permettait de réparer, par exemple, les violences conjugales, que l'article 266 du Code civil, cet article étant limité aux seuls préjudices d'une particulière gravité subis par le conjoint du fait de la dissolution du mariage. Le nouveau devoir de respect introduit expressément en 2006<sup>1560</sup> à l'article 212 du Code civil et qui auparavant était reconnu comme étant traditionnellement un effet du mariage, est peut-être un des seuls effets du mariage qui

---

Jacques, « Les dommages-intérêts accordés en raison des conséquences d'une particulière gravité résultant du divorce », *Petites affiches*, 28 janvier 2010, n°20, p. 11. Voir également Bénabent Alain, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014, n°561, note n° 83, p. 258.

<sup>1557</sup> Voir pour la version de 2004, n°147 et s.

<sup>1558</sup> Certains plaident pour la disparition de cette disposition, voir Hauser Jean, « L'avenir des dommages-intérêts après divorce », *RTDCiv.* 2013 p. 584.

<sup>1559</sup> Voir les travaux de Louise Langevin, Des Rosiers Nathalie et Nadeau Marie-Pier, *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2012.

<sup>1560</sup> Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 relative aux violences au sein du couple.

puisse encore aujourd'hui être réparé directement par l'article 266 du Code civil. En effet, ce devoir englobe tant le respect du corps de l'autre que sa dignité<sup>1561</sup>. Le divorce en lui-même peut alors constituer une atteinte tant à l'esprit qu'à la dignité de l'autre (en particulier pour une personne catholique très croyante et pratiquante qui évolue dans un milieu lui-même croyant et pratiquant). Nous considérons néanmoins qu'il n'est pas nécessaire de conserver la responsabilité spécifique de l'article 266 pour le seul cas d'atteinte à l'esprit et à la dignité d'un des conjoints et que seule la responsabilité de droit commun devrait jouer. Il nous semble de plus que, dans une société où le fait de divorcer est largement accepté, il est difficilement compréhensible de conserver une responsabilité spécifique liée au divorce en lui-même.

**864.** La disparition de l'institution spécifiquement fondée sur la faute nous semble fondamentale, de même qu'instaurer de nouvelles institutions destinées à compenser et à réparer les préjudices économiques subis par l'un des conjoints en raison des choix faits pendant le mariage ou encore des obligations liées à la garde des enfants. De plus, à l'instar du droit québécois, il est nécessaire d'instituer clairement une institution destinée à compenser l'enrichissement sans cause dont a pu bénéficier l'un des époux au détriment de son conjoint. En effet, les juges, et en particulier les juges français, n'octroient que parcimonieusement une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause à un époux et il nous semble nécessaire de donner une base légale à l'action spécifique *de in rem verso* entre époux. Il nous reste alors à envisager comment mettre en œuvre une obligation alimentaire entre ex-conjoints.

### **C. Une véritable obligation alimentaire entre ex-époux**

**865.** Ainsi que nous l'avons constaté précédemment, une possible obligation alimentaire entre ex-conjoints apparaît nécessaire. Se pose la question alors de sa forme. Peut-on alors prendre exemple sur le passé (1) ou doit-on envisager une nouvelle forme d'obligation alimentaire (2) ?

---

<sup>1561</sup> Voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 1485, p. 592.

1. *Prendre exemple sur le passé : pensions alimentaires et ancienne survie du devoir de secours du divorce pour rupture de la vie commune ?*

**866.** L'idée d'une obligation alimentaire entre ex-époux n'est pas nouvelle et le droit du divorce français antérieur à 1975 reconnaissait la possibilité d'octroyer une pension alimentaire au conjoint non fautif<sup>1562</sup>. Toutefois cette pension alimentaire, ainsi que nous l'avons vu<sup>1563</sup>, avait avant tout un fondement issu de la faute et n'était pas une véritable obligation alimentaire. Le droit canadien institue également une pension alimentaire entre ex-conjoints mais celle-ci a en réalité trois fondements : compensatoire, non-compensatoire et contractuel<sup>1564</sup>, la pension alimentaire non-compensatoire étant certainement la seule à avoir un véritable fondement alimentaire. Cette pension alimentaire avec un triple fondement ne semble donc pas l'exemple le plus adapté si l'on souhaite clarifier le droit en vigueur.

**867.** Il serait également et peut-être possible de s'inspirer d'une autre institution d'origine française, l'ancienne survie du devoir de secours qui existait avant la réforme de 2004<sup>1565</sup> dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune. Aujourd'hui si de nouvelles pensions alimentaires issues de ce devoir de secours ne peuvent plus être octroyées dans l'avenir, les pensions alimentaires prononcées avant le 1<sup>er</sup> janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, continuent à exister et à être soumises à l'ancien droit<sup>1566</sup>. Leur nombre est certainement très limité puisque le nombre de divorce pour rupture de la vie commune l'était également<sup>1567</sup>.

**868.** L'ancien article 281 du Code civil français prévoyait ainsi que « quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu du devoir de secours ». Le législateur avait donc clairement maintenu la survie de ce devoir au profit du conjoint qui n'avait pas demandé le divorce et

---

<sup>1562</sup> Ancien article 301 al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

<sup>1563</sup> Voir n°117 et s.

<sup>1564</sup> Voir le chapitre consacré à la pension alimentaire canadienne et la prestation compensatoire françaises.

<sup>1565</sup> Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

<sup>1566</sup> Voir dans Réforme du divorce, *Loi du 26 mai 2004, Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales*, Collection Dossiers pratiques, Ed. Francis Lefebvre, 2004, n°1130 et s. p. 71 et s. ; voir également la décision de la 1<sup>ère</sup> Chambre civile de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> juillet 2009 (*Bull. I n° 144*) qui reconnaît que les anciennes dispositions continuent à s'appliquer pour déterminer les conditions dans lesquelles l'ancienne pension alimentaire due au titre du devoir de secours doit être supprimée.

<sup>1567</sup> Seuls 1 à 2% des divorces étaient prononcés sur ce fondement avant la nouvelle loi, Belmokhtar Z., *Les divorces en 1996, une analyse des jugements prononcés*, Etudes et statistiques justice 14, Ministère de la Justice, 1999, p. 26.



avait ainsi fait continuer, dans une certaine mesure, l'obligation alimentaire existant entre les conjoints au cours du mariage. Toutefois, si, au premier abord, cette survie du devoir de secours semblait bien être une obligation alimentaire entre ex-conjoints, le fondement de cette survie du devoir de secours entre ex-conjoints paraissait, pour sa part, être indemnitaire.

**869.** A première vue ce devoir de secours entre ex-conjoints était une obligation alimentaire et l'ancien article 282 du Code civil allait dans ce sens en disposant que « l'accomplissement du devoir de secours prend la forme d'une pension alimentaire. Celle-ci peut toujours être révisée en fonction des ressources et des besoins de chacun des époux ». Le mode de fixation de ce devoir était donc similaire à celui de l'obligation alimentaire de droit commun avec la prise en compte des ressources et des besoins des époux. Mais, ces deux éléments n'étaient pas les seuls à être appréciés par la jurisprudence pour l'évaluation du montant de la pension alimentaire devant être versée dans le cadre de cette survie du devoir de secours et celle-ci avait calqué cette évaluation sur celle du devoir de secours pendant le mariage et pris en considération les niveaux de vie des conjoints<sup>1568</sup>. La pension alimentaire versée dans le cadre du devoir de secours couvrait alors plus que le minimum vital<sup>1569</sup> et rappelait alors la prestation compensatoire française<sup>1570</sup> ainsi que la contribution aux charges du mariage qui existe pendant l'union<sup>1571</sup>.

**870.** La pension alimentaire de l'ancien article 282 du Code civil était également librement révisable à la hausse comme à la baisse<sup>1572</sup>, ce qui renforçait son caractère alimentaire. De plus, de même que toute créance d'aliments, elle était indisponible et d'ordre public<sup>1573</sup>. Enfin, le débiteur défaillant pouvait être condamné, comme tout débiteur alimentaire, pour abandon de famille<sup>1574</sup>.

---

<sup>1568</sup> Voir Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 11 juillet 1979, *Bull.* II n°207, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 janvier 1980, *D.* 1980 IR p. 438, obs. Bénabent Alain, *RTDCiv.* 1980 p. 762 obs. Nerson et Rubellin-Devichi, *Civ.* 2<sup>ème</sup>, 1- janvier 1991, *Bull.* II n°19. Voir également *Rép. Civ. Dalloz, Divorce (2<sup>o</sup> conséquences)*, août 2003, n°401 p. 45, Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant et le couple*, 21<sup>ème</sup> édition refondue, Ed. PUF, 2002, p. 616, Colombet Claude, *La famille*, Ed. PUF, 1999, n°282, p. 360, sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi, *Droit de la Famille*, Ed. Dalloz, Collection Dalloz Action, 2001/2002, n°897 p. 342.

<sup>1569</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2003, n°386 p. 609.

<sup>1570</sup> Voir Fehrenbach Karine, « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après divorce », *Petites affiches* 18 décembre 2000, n°251 p. 4, p. 5.

<sup>1571</sup> Art. 214 C.civ.

<sup>1572</sup> Anc. art. 282 C.civ., 2<sup>ème</sup> phrase.

<sup>1573</sup> Voir Leveneur Laurent, *Leçons de droit civil, Tome 1, Troisième volume, La famille*, Ed. Montchrestien, 1995, n°1500, p. 781.

<sup>1574</sup> Art. 227-3 n.C.pén.

**871.** Toutefois si ces éléments semblaient bien faire de l'ancienne survie du devoir de secours une obligation alimentaire, en analysant plus prêt son fondement, on constate qu'elle est toutefois plutôt indemnitaire. Cette survie du devoir de secours intervenait dans le cadre particulier du divorce pour rupture de la vie commune. Ce divorce, qui n'existe plus depuis la réforme du 26 mai 2004, permettait à un conjoint de demander le divorce après six ans de séparation de fait ou lorsque « les facultés mentales de son conjoint se [trouvaient], depuis six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne [subsistait] plus entre les époux »<sup>1575</sup>. Lors de son adoption en 1975, ce divorce fit l'objet de vives discussions. Certains adversaires de cette cause de divorce le qualifièrent même de « répudiation »<sup>1576</sup>. Mais rapprocher ce divorce d'une répudiation serait aller trop loin. La répudiation dans les pays musulmans est souvent unilatérale, dépendant d'une décision discrétionnaire et ouverte au seul mari. Le divorce pour rupture de la vie commune était beaucoup plus encadré et intervenait au bout de six ans de séparation que celle-ci soit physique, ou simplement mentale. Il s'agissait alors de constater une situation d'échec du couple et ce divorce apparaissait alors comme un divorce pour cause objective. Mais si ce divorce était un divorce pour cause objective, il était également considéré comme un « divorce assumé par le demandeur »<sup>1577</sup> et l'ancien article 239 du Code civil prévoyait ainsi que « L'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en supporte toutes les charges ». Le demandeur du divorce assumait ainsi les charges d'avocat de son conjoint et se devait également de lui verser une pension alimentaire au titre de la survie du devoir de secours. Ces dispositions avaient été mises en œuvre dans l'objectif de remettre en cause l'idée de répudiation soutenue par certains et permettaient de protéger le conjoint abandonné<sup>1578</sup> mais aussi de limiter l'utilisation de ce type de divorce. On avait souhaité que l'un des conjoints puisse demander le divorce au bout de six années d'inexistence ou de quasi inexistence dans les faits du couple, mais en lui faisant supporter la responsabilité de son geste et indemniser le conjoint qui se voyait imposer le divorce. Il ne s'agissait aucunement d'une responsabilité pour faute, la possibilité d'utiliser ce divorce étant légalement établie, mais bien plus d'une responsabilité objective pour les choix faits par le demandeur.

---

<sup>1575</sup> Anc. art. 238 C.civ.

<sup>1576</sup> Voir Massip Jacques, « La réforme du divorce », *Rép. Def.* 1975, art. 31025 n°43, p. 1474, Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 667 et s.

<sup>1577</sup> Massip Jacques, *op. cit.* n°3, p. 1474, Carbonnier Jean, *op. cit.*, p. 554.

<sup>1578</sup> Huet-Weiller Danièle, « Chapitre 11 : La survivance d'obligations pécuniaires entre époux dans le droit français du divorce », dans *Famille, Etat et sécurité économique d'existence, Vol. I Famille*, M-T Meulders-Klein, J. Eckelaar, 1988, p. 215, p. 228.

**872.** Le fondement de la survie du devoir de secours entre les ex-époux n'était donc pas un fondement alimentaire mais bien plus un fondement indemnitaire, cette pension apparaissant comme la réparation du choix de divorcer décidé par le débiteur de la pension. Le devoir moral sous-jacent au devoir de secours entre époux et plus généralement aux obligations alimentaires, semblait disparaître au moment du divorce et la survie du devoir de secours, selon Mme Lefranc-Hamoniaux n'était plus qu'une obligation matérielle<sup>1579</sup>.

**873.** L'idée d'un fondement indemnitaire se retrouvait également avec le fait que le devoir de secours entre ex-époux n'était plus réciproque comme cela était le cas pendant le mariage mais devenait unilatéral. Seul le conjoint qui n'avait pas demandé le divorce pouvait bénéficier de la survie du devoir de secours. L'obligation alimentaire est, en principe<sup>1580</sup>, réciproque et cette modification dans les débiteurs et créanciers de l'obligation apparaît comme le reflet de ce changement de fondement au moment du divorce.

**874.** De plus, le fait que le versement de cette pension alimentaire cessait avec le remariage ou le concubinage notoire de l'époux créancier<sup>1581</sup>, pouvait constituer un autre élément vers la reconnaissance d'un fondement indemnitaire de la survie du devoir de secours entre ex-conjoints. Certains<sup>1582</sup> ont vu dans cette disposition le fondement alimentaire de cette survie du devoir de secours, cette survie cessant parce que le créancier dispose désormais de moyens suffisants pour vivre en raison de son remariage ou du concubinage. Nous préférons toutefois la théorie de M. Carbonnier<sup>1583</sup> selon laquelle la cessation de la pension n'était pas liée à une augmentation des ressources du créancier mais, bien plus, au fait que celui-ci ait accepté le divorce et soit désormais prêt à vivre avec une autre personne que son ex-conjoint.

**875.** Ce fondement indemnitaire était aussi renforcé par le fait que cette pension continuait d'être versée même en cas de décès du débiteur et était donc transmissible passivement<sup>1584</sup>. Cette transmissibilité allait à l'encontre du fondement alimentaire et de toute

---

<sup>1579</sup> Lefranc-Hamoniaux Carole, « L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Droit de la famille*, juillet-août 1999, p. 4, p. 7.

<sup>1580</sup> Une des grandes exceptions à ce principe est certainement le devoir d'entretien qui n'existe qu'en faveur des enfants et est à la charge de leurs parents. Toutefois, cette obligation d'entretien va plus loin que la simple obligation alimentaire et se juxtapose, à notre avis, et dans une certaine mesure sur la simple obligation alimentaire entre ascendants et descendants qui, elle, est réciproque.

<sup>1581</sup> Anc. art. 283 C.civ.

<sup>1582</sup> Voir Leveneur Laurent, *op. cit.*, n°1500 p. 781.

<sup>1583</sup> Carbonnier Jean, *op. cit.*, p. 617.

<sup>1584</sup> Anc. art. 284 C.civ.

idée d'obligation alimentaire qui était fortement liée à l'*intuitu personae* et aux personnes mêmes du débiteur et du créancier.

**876.** Donc, si au premier abord cette survie du devoir de secours semblait avoir un fondement alimentaire, l'analyse des raisons qui avaient amené le législateur à la retenir, de même que certaines de ces modalités, nous amènent à conclure à un fondement indemnitaire de cette obligation.

**877.** Les législateurs ne semblent pas, malgré les dénominations, avoir instauré de véritables obligations alimentaires entre ex-conjoints. Toutefois une telle obligation est sous-jacente tant en droit français qu'en droit canadien et à la pension alimentaire non-compensatoire canadienne répond la prestation compensatoire « alimentaire » française. On reconnaît alors implicitement la nécessité d'une telle obligation et si les institutions préexistantes ne paraissent pas adaptées, il faut alors créer une nouvelle obligation alimentaire adaptée aux spécificités des relations entre ex-conjoints.

## 2. *Créer une nouvelle obligation*

**878.** Mettre en œuvre une nouvelle obligation alimentaire entre ex-conjoints impose de se poser un certain nombre de questions sur ses caractères et son domaine d'application. En effet, l'obligation alimentaire de droit commun qui existe généralement entre ascendants et descendants est mise en œuvre dès que l'une de ces personnes se trouve dans le besoin et que l'autre est en mesure de subvenir à ceux-ci. De plus dans le cadre de la relation entre ascendant et descendant, elle n'est généralement pas limitée dans le temps et peut être mise en œuvre à tout moment de la vie des deux intéressés même si au Québec, elle peut être limitée dans le temps à la période nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante<sup>1585</sup>.

**879.** En raison de sa spécificité et du fait qu'elle est octroyée en droit commun en raison des liens familiaux qui existent entre les parties, il nous semble qu'elle doit être octroyée entre ex-conjoints dans des cas très limités. Nous rejoignons alors la « théorie de la

---

<sup>1585</sup> Art. 587 C.c.Q., Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> éd., Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 376.

nécessité » développée par M. Sugarman<sup>1586</sup>. Selon cet auteur, une obligation ayant un fondement purement alimentaire, et donc destinée à fournir au conjoint dans le besoin les moyens pour survivre, ne doit exister que dans des cas de nécessité, des cas où il est impossible de laisser cette personne dans cette situation, celle-ci pouvant devenir dangereuse pour elle. On serait alors proche d'une assistance à personne en danger. M. Sugarman limite toutefois l'utilisation de ce fondement en précisant que, pour lui, il incombe à l'Etat d'aider une personne en état de nécessité et pas son ex-époux.

**880.** L'Etat n'étant plus aujourd'hui à même de tenir ce rôle, une telle obligation alimentaire s'avère nécessaire et elle ne doit intervenir que dans des cas où la maladie ou l'âge du conjoint nécessiteux l'empêche de subvenir seul à ses besoins et où, selon nous, aucune autre solidarité familiale ne pourra jouer. Il nous semble effectivement que cette solidarité entre ex-époux doit être subsidiaire par rapport aux autres obligations alimentaires dont peut bénéficier le conjoint dans le besoin, les relations d'affection et les liens familiaux disparaissant en effet avec le divorce. Cette obligation alimentaire sera exécutée sous forme de pension à durée indéterminée révisable tant à la hausse qu'à la baisse. Une obligation alimentaire entre conjoints ne devrait pas, de plus, pouvoir être demandée à tout moment après la rupture du mariage et ne devrait pouvoir être demandée qu'au moment du divorce et donc dans le cas où le conjoint est dans le besoin à ce moment précis. Le remariage devrait mettre fin automatiquement à l'obligation alimentaire entre ex-époux, un nouveau lien matrimonial instaurant en effet une nouvelle obligation alimentaire entre ex-conjoints. En cas de nouveau divorce, la question d'un possible cumul des obligations alimentaires du dernier époux avec l'époux précédent peut alors se poser. Toutefois si l'on admet que l'obligation alimentaire entre ex-époux ne peut être mise en œuvre qu'au moment du divorce, seul l'ex-époux du mariage qui vient de se terminer peut se voir obligé de payer une pension alimentaire à son ex-conjoint dans le besoin et non l'époux du premier mariage dont l'obligation avait cessé avec le remariage de son ex-époux – créancier alimentaire. Enfin, comme toute obligation alimentaire, celle-ci devrait tout simplement cesser avec le décès du débiteur ou du créancier alimentaire. Elle ne devrait alors pas être transformée en capital comme cela est le cas en France<sup>1587</sup> ou survivre pour une durée ou un montant déterminé comme cela est possible au Québec. Ainsi, dans cette province la survie de cette pension est prévue au profit de l'ex-époux qui bénéficie d'une pension alimentaire en application de la

---

<sup>1586</sup> Stephen D. Sugarman, *op. cit.*, p. 154.

<sup>1587</sup> Art. 280 al. 3 C.civ.

Loi sur le divorce<sup>1588</sup> et est fixée à un montant égal à 12 mois d'aliments (art. 688 C.c.Q.). Nous considérons en effet que, si on peut voir dans cette transmissibilité la possibilité de compenser l'absence de droits successoraux pour le créancier de la pension alimentaire<sup>1589</sup>, ou de répondre dans une certaine limite aux besoins des futurs créanciers lors du décès de leur débiteur<sup>1590</sup>, il serait aller trop loin que de donner, ou de conserver, de tels droits à un époux divorcé créancier. Si l'on peut admettre qu'il puisse encore demander de l'aide à son ancien conjoint vivant, cette aide doit tout simplement cesser avec le décès du débiteur et laisser les héritiers, qui peuvent n'avoir aucun rapport avec l'ex-conjoint, bénéficiaire de l'intégralité de la succession.

**881.** A titre de conclusion, il peut être intéressant de remarquer que, dans son rapport de février 2001 relatif à la proposition de réforme du divorce déposée par M. Colcombet, M. le sénateur Gélard proposait de conserver dans certains cas la survie du devoir de secours à côté de la prestation compensatoire, ces deux obligations ayant des objectifs différents<sup>1591</sup>. Il expliquait également cette conservation du devoir de secours post-divorce par le fait qu'il serait choquant qu'un conjoint sans ressources, en particulier un conjoint malade, soit abandonné sans aucune aide. L'institutionnalisation d'une obligation alimentaire ne semblait donc pas irréaliste.

**882.** Ces analyses étant effectuées, outre faire disparaître la responsabilité spécifique au divorce issue de la faute, nous proposons les obligations suivantes entre ex-époux :

1. une obligation alimentaire dans les cas très limités où l'un des époux ne peut, au moment du divorce, en raison de son état de santé ou de son âge subvenir à ses besoins et lorsqu'il n'a pas d'autres débiteurs alimentaires ;
2. une prestation compensatoire versée sous forme de capital au moment du divorce et destinée à compenser les sacrifices professionnels faits par l'un des époux pendant le mariage et en particulier dans le cas où il a quitté son emploi,

---

<sup>1588</sup> Art. 685 C.c.Q., voir Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 399 et s.

<sup>1589</sup> Voir Dupéroux Jean-Jacques, « La transmissibilité passive des obligations alimentaires », *D.* 1959 Chron. p. 71.

<sup>1590</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *supra* p. 399.

<sup>1591</sup> Gélard Patrice, *Rapport n° 252 (2001-2002) sur le divorce, Rapport fait au nom de la Commission des Lois du Sénat*, rapport trouvé sur [http://www.senat.fr/rap/101-252/101-252\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/101-252/101-252_mono.html)

travaillé à temps partiel ou renoncé à effectuer une carrière professionnelle pour se consacrer à la famille ;

3. une indemnité pour la garde d'enfant lorsqu'à la suite du divorce l'un des époux a la garde des enfants ;
4. une indemnité pour enrichissement sans cause lorsque le travail domestique ou professionnel de l'un des conjoints a permis à l'autre de s'enrichir ou d'éviter de s'appauvrir pendant le mariage. Cette possibilité devra être ouverte quel que soit le régime matrimonial comme cela est le cas en droit québécois.

**883.** Ces obligations reposant sur des fondements différents, il est logique qu'elles puissent être cumulées par les conjoints. Ainsi, un ex-conjoint de 35 ans, qui aura cessé de travailler pendant le mariage pour s'occuper des enfants, et obtient au moment du divorce la garde des enfants, pourra obtenir une prestation compensatoire au titre des sacrifices faits pendant le mariage et qui auront un impact sur sa carrière professionnelle future voire même sa retraite, ainsi qu'une indemnité pour la garde des enfants.

**884.** Il pourra nous être reproché de multiplier les types d'obligations pouvant exister entre ex-époux. Nous acceptons sans problème la critique et nous nous sommes en effet interrogés sur ce problème de la multiplicité des obligations. Aujourd'hui nous avons un nombre limité d'obligations avec pour certaines, différents fondements. Ces dernières obligations à fondements multiples sont celles qui posent le plus de questions et de problèmes d'application. Il nous apparaît donc que, dans un objectif de clarification et de simplification, il est plus simple de mettre en œuvre plusieurs obligations avec un fondement clair et un régime déterminé, qu'une seule obligation aux fondements et régimes multiples.

**885.** Les nouvelles obligations proposées permettent de fournir des moyens à un nombre important d'époux se trouvant dans des situations totalement différentes : que celui-ci soit jeune avec la garde des enfants, âgé ou malade ou encore ait sacrifié toute une partie de sa carrière pour son mariage. Toutefois, il peut arriver qu'une épouse ou un époux d'une cinquantaine d'années, sans enfant et sans être particulièrement malade, perde son emploi ou ait choisi pendant le mariage, et sans que son conjoint ne l'y oblige, de ne pas travailler. Peut-il dans ce cas demander une aide à son ex-conjoint ? Il nous semble que nous nous trouvons là dans une des situations où tant la solidarité entre ex-conjoint que toute idée de compensation doivent être exclus et où, alors, la solidarité étatique doit de nouveau prendre sa place si la

solidarité familiale existant entre ascendants et descendants ne peut pas prendre le relais. La survie de relations entre les conjoints ne doit pas toujours exister et il est essentiel qu'elle demeure limitée à des cas spécifiques et qu'elle ne remplace pas systématiquement les autres solidarités ou, et surtout, la solidarité étatique.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**886.** Le droit actuel étant marqué par une multiplicité d'institutions ayant, pour certaines, divers fondements, il nous a paru essentiel, en nous inspirant des institutions existantes ou ayant existé, ainsi que des différentes théories proposées, de clarifier la situation et déterminer des institutions claires avec un seul et unique fondement déterminé. Nous proposons ainsi quatre prestations possibles :

1. une obligation alimentaire dans les cas très limités où l'un des époux ne peut, au moment du divorce, en raison de son état de santé ou de son âge subvenir à ses besoins et lorsqu'il n'a pas d'autres débiteurs alimentaires ;
2. une prestation compensatoire versée sous forme de capital au moment du divorce et destinée à compenser les sacrifices professionnels faits par l'un des époux pendant le mariage et en particulier dans le cas où il a quitté son emploi, travaillé à temps partiel ou renoncé à effectuer une carrière professionnelle pour se consacrer à la famille ;
3. une indemnité pour la garde d'enfant lorsqu'à la suite du divorce l'un des époux a la garde des enfants ;
4. une indemnité pour enrichissement sans cause lorsque le travail domestique ou professionnel de l'un des conjoints a permis à l'autre de s'enrichir ou d'éviter de s'appauvrir pendant le mariage. Cette possibilité devra être ouverte quel que soit le régime matrimonial comme cela est le cas en droit québécois.

**887.** Les régimes matrimoniaux ayant un rôle fondamental pour la détermination de la quotité de patrimoine qui sera octroyé à chacun des époux à la suite du divorce, la question d'un régime matrimonial adapté a également été posée et nous avons alors considéré que le régime de la participation aux acquêts, qui allie liberté des conjoints et partage des biens acquis pendant l'union, est certainement le plus adapté à la société moderne. Rappelons aussi qu'il est le régime qui a été retenu par les législateurs français et allemands pour leur régime commun<sup>1592</sup>.

---

<sup>1592</sup> Décret n° 2013-488 du 10 juin 2013, « Dispositions de l'accord franco-allemand instituant le régime optionnel de participation aux acquêts », *Dr. Fam. juillet* 2013, alerte n°41.

**888.** Les institutions étant clarifiées, leur régime doit également l'être.

## CHAPITRE II : CLARIFIER LE REGIME DES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE EPOUX

**889.** Des clarifications sont nécessaires à effectuer tant en ce qui concerne le mode de versement (I) que la détermination du quantum de ces obligations (II).

### § 1. LE MODE DE VERSEMENT

**890.** L'obligation alimentaire sera mise en œuvre par le biais d'une pension, versée périodiquement, révisable à la hausse, comme à la baisse (de même que les pensions alimentaires octroyées dans le cadre des obligations alimentaires de droit commun). Cette obligation ayant un fondement alimentaire, il nous paraît fondamental qu'elle en respecte l'intégralité des principes et du caractère et que, en particulier, soit appliqué le caractère *intuitu personae* rattaché aux obligations alimentaires. Par conséquent, le versement de la pension cessera avec le décès du débiteur, ce qui est loin d'être le cas actuellement en France avec la prestation compensatoire. Il est toutefois possible de prévoir un système similaire à celui du Québec avec une survie temporaire de l'obligation alimentaire à la suite du décès du débiteur. Ce régime devra toutefois être fortement encadré tant dans le temps que dans son quantum.

**891.** En ce qui concerne les autres obligations mises en œuvre, l'indemnité pour enrichissement sans cause et la prestation compensatoire sont des obligations ayant un pur fondement indemnitaire. Il nous semble alors nécessaire de privilégier le versement sous forme de capital dans les deux cas. Ce type de versement a pour avantage de limiter les effets du divorce au jour du prononcé de celui-ci et d'éviter ainsi tout contentieux post-divorce. Le préjudice pouvant être déterminé au jour du divorce, ce capital ne sera pas révisable et seul un échelonnement de son paiement pourra être effectué sur décision du juge. La détermination du quantum au moment du divorce sera donc essentielle et c'est donc pour cela que nous proposerons ultérieurement des règles de calcul. Le paiement de ce capital pourra être envisagé sous forme de transfert de propriété. Dans ce cas, il est alors essentiel que le calcul des créances ou parts des biens auxquels les ex-conjoints auront droit, soit effectué afin que sommes ou biens puissent servir au paiement de ce capital. A défaut de biens disponibles, si l'emprunt pourrait être envisageable pour le paiement d'un tel capital, il paraît improbable

qu'au regard des circonstances économiques actuelles, les banques prêtent de l'argent pour de tels emprunts. L'échelonnement du paiement de ce capital tel que prévu en droit français pour la prestation compensatoire semble alors tout à fait adapté. De même qu'en droit français, ces versements devront se faire sur une période limitée et relativement courte afin que les relations entre les ex-conjoints ne perdurent pas dans le temps. Le délai maximum de huit années fixé par le droit français<sup>1593</sup>, nous semble convenable même s'il est certainement souhaitable que ce délai soit plus court.

**892.** Enfin, l'indemnité pour la garde d'enfant sera versée sous forme d'une rente temporaire limitée dans le temps par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. De même, elle pourra être remise en cause en cas de modification de la garde de l'enfant. Cette indemnité pourrait, enfin, être modifiée et augmentée en particulier lorsque les revenus du parent, chez lequel ne réside pas l'enfant, augmentent.

**893.** En France, comme au Québec, se pose également le problème spécifique du régime fiscal de ces indemnités, pension et prestation. Au Québec, on distingue toute simplement la pension alimentaire entre époux versée sous forme de rente et celle versée sous forme de somme forfaitaire, la première étant imposable pour le bénéficiaire et déductible pour le débiteur alors que la seconde n'est ni imposable pour le créancier ni déductible pour le débiteur<sup>1594</sup>. En France, ce qui concerne l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, il est certain qu'elle doit être soumise au même régime que les autres obligations alimentaires et que ce sera le débiteur de cette pension qui sera imposable pour celle-ci alors que le montant de la pension sera déduit du revenu imposable du créancier. En ce qui concerne la prestation compensatoire et l'indemnité pour enrichissement sans cause, elles ont toutes deux pour principe un versement en capital. Actuellement, le droit fiscal français distingue entre le capital versé immédiatement ou dont les versements sont échelonnés sur moins d'un an et le capital dont les versements sont échelonnés sur plus d'un an. En ce qui concerne les versements échelonnés sur plus d'un an, et à l'instar de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère et de la pension alimentaire en France<sup>1595</sup>, les versements sont déductibles pour l'époux créancier et imposable pour l'époux débiteur. En revanche, pour le capital versé soit directement intégralement soit avec des versements échelonnés sur moins d'un an, l'époux

---

<sup>1593</sup> Art. 275 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

<sup>1594</sup> Voir le site internet du cabinet d'avocats Goldwater et Dubé, [www.goldwaterdube.com](http://www.goldwaterdube.com)

<sup>1595</sup> Article 80 quater du Code général des impôts.

créancier doit payer des droits de partage et le débiteur bénéficie d'une réduction d'impôt à hauteur de 25% de la prestation dans la limite de 30 500 €<sup>1596</sup>. Nous trouvons ce système relativement compliqué et considérons qu'il serait plus simple, en France, d'adopter un régime unique pour cette indemnité et cette prestation quel que soit le mode de versement. L'imposition pourrait ainsi, et par exemple, consister simplement en un droit de mutation à la charge du créancier sur l'intégralité du montant, le montant de la prestation étant déductible du patrimoine du débiteur.

**894.** Les modes de versement étant déterminés, la détermination du quantum est alors fondamentale et nous semble d'autant plus importante à étudier qu'elle donne aujourd'hui lieu à de nombreuses questions mais aussi des injustices.

## **§ 2. LA NECESSAIRE CLARIFICATION DE LA DETERMINATION DU QUANTUM DES OBLIGATIONS POST-DIVORCE ENTRE CONJOINTS**

**895.** La pension alimentaire qui sera versée au titre de l'obligation alimentaire répond pour sa part aux principes de l'obligation alimentaire de droit commun et doit donc être fixée en tenant compte tant des besoins que des moyens des parties. Etant subsidiaire, elle devrait correspondre au montant qui serait exigé des autres débiteurs alimentaires du conjoint dans le besoin, soit ses ascendants ou ses descendants.

**896.** L'indemnité pour enrichissement sans cause sera évaluée suivant les critères mis en œuvre pour le calcul de tout enrichissement de droit commun. Le montant de l'indemnité sera égal à la plus petite des deux sommes que constituent l'enrichissement de l'époux enrichi et l'appauvrissement de son conjoint. Dans la plupart des cas, l'indemnisation portera sur un travail bénévole fait par ce conjoint et un salaire pourra alors être évalué et les droits pour la retraite devront également être pris en compte. C'est en revanche dans le cadre d'un apport ne s'apparentant pas à un travail bénévole que les problèmes d'évaluation pourront se poser et dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire d'évaluation du juge devra jouer ce qui, nous le concédons, pourra certainement poser des problèmes.

**897.** Les évaluations de la prestation compensatoire et l'indemnité pour la garde d'enfants semblent, pour leur part, plus problématiques.

---

<sup>1596</sup> Article 199 octodécies du Code général des impôts.

**898.** Jusqu'à présent les droits français et canadien ne prévoient pas de tables ou de barèmes obligatoires de fixation pour la prestation compensatoire française ou la pension alimentaire entre ex-conjoints canadienne. Les législateurs se limitent à donner de grandes lignes directrices aux juges, ceux-ci devant prendre en compte tout à la fois les besoins et les ressources des époux, leurs âges, la durée du mariage, leurs qualifications professionnelles ou encore leur situation respective en matière de retraite. En prenant en considération tous ces éléments, les juges déterminent les montants des indemnisations sans suivre une logique particulière et sans la moindre homogénéité dans les décisions<sup>1597</sup>.

**899.** Selon M. Martin Saint-Léon<sup>1598</sup> la plus grande injustice ressentie aujourd'hui par le justiciable n'est pas le montant en lui-même de la prestation compensatoire mais le fait que son ami, qui est dans la même situation financière que lui et dont la situation de la conjointe est également similaire à celle de son épouse, paie une prestation compensatoire moins élevée. La plus grande injustice aujourd'hui est l'hétérogénéité des montants accordés par les juges comme prestation compensatoire ou pension alimentaire.

**900.** La question de la possibilité d'avoir des lignes directrices en matière de prestation compensatoire française ou de pension alimentaire entre ex-époux canadienne semble donc se poser avec acuité tant au Canada (A) qu'en France (B).

#### **A. Les lignes directrices facultatives canadiennes**

**901.** Au Canada, l'idée de mettre en place des lignes directrices en matière de pension alimentaire n'est en effet pas nouvelle. Elle a, en particulier, été concrétisée dans le cadre des pensions alimentaires pour enfant et les *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*<sup>1599</sup>, sont entrées en application le 1<sup>er</sup> mai 1997. Ces lignes directrices sont constituées de tables en vigueur pour chacune des provinces du Canada et comportant le montant de la pension alimentaire net et libre d'impôt payable par le parent non gardien en fonction de son

---

<sup>1597</sup> Malaurie Philippe, « La prestation compensatoire (Pratique et enjeux) », *Rép. Def.* 2009, p. 2585, et plus particulièrement le n° 8.

<sup>1598</sup> Martin Saint-Léon Dominique, « Le calcul de la prestation compensatoire », *AJ Famille* 2005, n°3/2005 p. 95.

<sup>1599</sup> *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, (1997) 131 Gaz. Can. II, 1031.

seul revenu, des modalités de visite et du nombre d'enfants en cause<sup>1600</sup>. Le Québec a également mis en place un système de lignes directrices<sup>1601</sup> et c'est ce système qui s'applique dès que les parties résident au Québec. Contrairement aux lignes fédérales qui ne prennent en compte que le seul revenu du parent débiteur, les lignes québécoises prennent en considération les revenus des deux parents. Ces lignes directrices ont été élaborées pour pallier à l'absence de prévisibilité et de cohérence dans le système des pensions alimentaires pour enfants canadiens<sup>1602</sup>. Elles ont depuis fait leur preuve et la méthode basée sur les formules et les tableaux a progressivement habitué les juristes canadiens « aux avantages de la « justice moyenne » plutôt que de la « justice sur mesure »<sup>1603</sup>. Ces lignes directrices ont également vu leur application se simplifier au Québec avec l'apparition du programme informatique AliForm<sup>1604</sup>. Ce dernier permet de calculer la pension alimentaire due aux enfants et est reconnu par les tribunaux québécois. Depuis peu, il est également doublé d'un programme PatriForm qui permet de calculer le patrimoine familial des conjoints.

**902.** Si les lignes directrices pour enfants sont donc désormais bien acceptées, l'idée de ligne directrice pour les pensions entre ex-conjoints est relativement nouvelle. En Amérique du Nord, certains tribunaux américains utilisent depuis quelques années des lignes directrices facultatives pour les pensions alimentaires entre époux et l'American Law Institute a même recommandé en 2002 une méthode basée sur des formules pour calculer les pensions alimentaires entre époux<sup>1605</sup>.

**903.** Influencés par ces différentes lois et propositions et après un travail en groupe ayant débuté dès 2003, les Professeurs Rogerson et Thompson, ont publié, en janvier 2005, une première proposition de lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires

---

<sup>1600</sup> Voir Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 899 et s., Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 492 et s.

<sup>1601</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c.68, elle aussi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1997. Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 382 et s., Pineau Jean et Pratte Marie, *La Famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 379 et s.

<sup>1602</sup> Rogerson Carol, *Elaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de discussion*, Ministère de la Justice Canada, décembre 2002.

<sup>1603</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Ebauche d'une proposition*, Ministère de la Justice Canada, janvier 2005, p. 11. Ces lignes directrices facultatives peuvent aussi être trouvées sur <http://www.justice.gc.ca/fr/dept/pub/spousal/project/index.html>

<sup>1604</sup> Ce programme est édité par les Editions CCH.

<sup>1605</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, LexisNexis, 2002. Pour une analyse critique de ces principes voir Carbone June, « The futility of coherence: the ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payments » (2002) 4 *J. of Law and Family Studies* 43, voir également Gordon Marie, « Spousal Support Guidelines and the American Experience: Moving beyond discretion », (2002) 19 *Can. J. Fam. L.* 247.

pour époux<sup>1606</sup>. Suite à des consultations avec les avocats et magistrats à travers le Canada, elles furent adaptées en fonction des commentaires reçus en 2008<sup>1607</sup> et un guide de l'utilisateur de ces lignes directrices est paru en mars 2010<sup>1608</sup>. Ces lignes directrices ainsi que le précisent les auteurs sont facultatives, elles ne feront pas l'objet de loi et ont simplement pour objectif de permettre plus de certitude dans la fixation des pensions alimentaires entre époux. Elles doivent servir de point de départ aux négociations entre les époux et permettre d'accélérer les procédures de divorce. Elles doivent également amener à une certaine uniformité de la jurisprudence.

**904.** Le principe de ces formules est d'obtenir à partir des revenus des époux, de la durée du mariage et de la présence ou non d'enfants, une fourchette tant pour la durée que pour le montant de la pension alimentaire entre ex-époux.

**905.** Les auteurs proposent deux types de formules : la première est la formule « sans pension alimentaire pour enfant »<sup>1609</sup>(1) et la seconde est la formule « avec pension alimentaire pour enfant »<sup>1610</sup> (2)<sup>1611</sup>.

#### *1. La formule « sans pension alimentaire pour enfant »*

**906.** Selon cette formule le montant de la pension varie de 1,5% à 2% de l'écart des revenus bruts des époux par année de mariage (ou plus précisément par année de cohabitation) jusqu'à un maximum de 50%. Ainsi pour un mariage ayant duré 10 ans, le montant de la pension est compris entre 15% (1,5% x 10) et 20% (2% x 10) de l'écart entre les revenus bruts des deux époux. Pour les mariages ayant duré 25 ans ou plus, la fourchette va toujours de 37,5% à 50% de l'écart de ces revenus. La durée de versement de la pension varie, pour sa part, de 0,5 à 1 an par année de mariage. Pour un mariage ayant duré 10 ans, la

---

<sup>1606</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*

<sup>1607</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux*, Ministère de la Justice du Canada, juillet 2008. Voir pour un historique Rogerson Carol et Thompson Rollie, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guideline », (2011) 2 *Fam. L. Q.* 241. Voir également Laviolette Nicole et Audet Julie, *L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 303 et s.

<sup>1608</sup> Ministère de la Justice du Canada, *Spousal Support Advisory Guidelines : A New and Improved User's Guide*, Mars 2010.

<sup>1609</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.* p. 57 et s. du rapport de 2008.

<sup>1610</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*, p. 82 et s. du rapport de juillet 2008.

<sup>1611</sup> Voir également Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 313 et s.



pension est donc versée sur une période pouvant aller de 5 (0,5 x 10) à 10 ans. Toutefois, si le mariage a duré plus de 20 ans, ou, si le mariage a duré cinq ans ou plus, lorsque les années de mariage et l'âge du bénéficiaire (à la séparation) de la pension alimentaire font au total 65 ans, la pension peut être versée pour une période indéfinie (et non perpétuelle, une demande de révision de la pension pouvant être faite). Ainsi si le mariage a duré 25 ans, la pension sera fixée pour une durée indéfinie. Il en est de même si le mariage a duré 5 ans et si l'époux créancier est âgé de 60 ans au jour de la séparation.

## *2. La formule « avec pension alimentaire pour enfant »*

**907.** Cette formule englobe en réalité différentes formules. La première formule est celle dite de base (a) où le créancier est aussi le parent qui a la garde de l'enfant. La seconde formule s'applique au cas où le créancier n'est pas le parent gardien (b). Quant à la troisième et dernière formule, elle est dite « mixte » et concerne le cas où l'enfant ou les enfants majeurs ne vivent plus avec leurs parents et continuent leurs études (c).

### *a. Formule de base*

**908.** Pour le calcul de cette formule il va falloir tenir compte des pensions alimentaires déjà versées pour les enfants. Pour calculer le montant de la pension, il faut déterminer le revenu individuel net disponible (RIND) de chaque époux. Le RIND de l'époux débiteur est égal au revenu tel qu'il est déterminé dans les lignes directrices fédérales pour les pensions alimentaires pour enfant, moins la pension alimentaire versée à un ou plusieurs enfants, et moins les impôts et les réductions. Le RIND de l'époux créancier est égal au revenu tel qu'il est déterminé dans les lignes directrices fédérales pour les pensions alimentaires pour enfant, moins la pension alimentaire « théorique » pour enfant (celle qu'il devrait verser s'il n'avait pas la garde de l'enfant) moins les impôts et les déductions plus les prestations et les crédits gouvernementaux. On additionne ensuite ces deux revenus nets disponibles. Puis on calcule une fourchette de montants de pension alimentaire de sorte que l'époux gagnant le revenu le moins élevé dispose de 40 à 46% de la somme de ces deux RIND.

**909.** En ce qui concerne la durée de versement de la pension alimentaire, les auteurs tiennent à préciser que souvent dans le cas d'une pension alimentaire octroyée avec enfant, le versement de la pension n'est pas limité dans le temps par les tribunaux. Les auteurs ont toutefois instauré des fourchettes de temps qui pourront s'avérer utiles en cas de demandes de modification de la pension. Ils précisent également que les durées envisagées pourront être adaptées à l'âge des enfants et à des faits spécifiques à chaque dossier et qu'il s'agit de plus, et enfin, d'une partie du droit en pleine évolution<sup>1612</sup>.

**910.** Deux critères seront utilisés pour déterminer les fourchettes de durée : la durée du mariage et l'âge des enfants. Le premier critère est celui de la durée du mariage et s'appliquera généralement aux mariages de longue durée. L'extrémité supérieure de la fourchette de durée est de un an de pension alimentaire par année de mariage avec une durée illimitée à partir de vingt ans de mariage. L'extrémité inférieure est d'une demi-année de pension alimentaire par année de mariage. Si les enfants vont déjà à l'école c'est toujours le critère de la durée du mariage qui permettra de déterminer la fourchette inférieure.

**911.** Le second critère est celui de l'âge des enfants. Ce critère s'applique généralement aux mariages plus courts et permet de déterminer une seconde fourchette. L'extrémité supérieure de la fourchette est déterminée par la date à laquelle les enfants termineront leurs études secondaires<sup>1613</sup>. L'extrémité la plus basse est la date à laquelle le plus jeune des enfants rentrera à l'école à temps plein.

**912.** Entre ces deux critères, c'est le critère qui permet de déterminer la durée la plus longue pour la pension alimentaire qui sera mis en œuvre par la juridiction.

*b. La formule du payeur gardien*

**913.** Cette formule vaut lorsque le parent gardien de l'enfant est aussi l'époux créancier de la pension alimentaire. Lorsque c'est le parent non gardien qui demande une pension alimentaire, il est tout d'abord nécessaire de diminuer le revenu de l'époux débiteur, tel qu'il est déterminé dans les lignes directrices fédérales pour les pensions alimentaires pour enfant,

---

<sup>1612</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*, p. 95.

<sup>1613</sup> Le secondaire se termine lorsque l'enfant a 17 ans.

du montant théorique en chiffres bruts de la pension alimentaire pour enfant telle qu'elle serait calculée avec les tables fédérales. Puis, si l'époux créancier verse une pension alimentaire à l'enfant, on réduit son revenu tel qu'il est déterminé dans les lignes directrices fédérales pour les pensions alimentaires pour enfant, du montant en chiffres bruts de cette pension alimentaire. On détermine alors l'écart entre ces deux revenus bruts et l'on utilise alors tant les fourchettes que les durées applicables dans le cadre de la formule sans enfant (avec des fourchettes de montants entre 1,5% et 2% par année de mariage, jusqu'à un maximum de 50% et une durée qui varie de 0,5 à 1 année de pension par année de mariage et la même règle des 20 ans).

*c. La formule hybride avec enfant majeur*

**914.** Cette formule intervient lorsqu'un enfant majeur effectue des études post-secondaires dans un lieu éloigné de chez ses parents, subvient en grande partie à ses propres besoins et jouit également d'aide gouvernementale et où le déficit restant pour combler le budget de l'enfant est payé par les parents. Cette formule s'applique lorsque les parents n'ont pas d'autres enfants plus jeunes à charge car, dans ce cas, c'est la formule de base qui s'appliquera.

**915.** Pour calculer les fourchettes dans le cas de cette formule hybride, on déduit des revenus de chacun des parents la contribution réelle qu'ils ont versée à leur enfant puis on calcule les fourchettes en fonction des revenus restants et de la méthode de la formule sans enfant. Les fourchettes de durée sont également calculées comme dans cette dernière formule.

**916.** Pour toutes ces formules, les auteurs ont considéré qu'il ne devrait pas y avoir de pension alimentaire lorsque les revenus bruts du débiteur n'atteignent pas 20 000 \$ canadiens par an et un plafond est fixé pour le calcul de ces fourchettes à un revenu brut annuel de 350 000 \$ canadiens par an.

**917.** Ces formules sont utilisables tant pour la fixation initiale qu'en cas de révision de la pension alimentaire. On notera que les auteurs précisent que les montants et les durées peuvent être modifiés dans certains cas, ou « exceptions », comme par exemple lorsque le conjoint est malade ou invalide ou lorsque l'un des époux est dans une situation financière

difficile pendant une période provisoire. Il est également possible de restructurer les fourchettes et ainsi de prévoir des fourchettes plus longues avec des montants moins élevés et inversement. Malgré ces exceptions, ces lignes facultatives ont vocation à s'appliquer dans la majorité des cas.

### 3. Mise en œuvre de ces formules

**918.** Suite à la publication de la première version de ces lignes directrices facultatives en 2005, il est apparu qu'elles ont reçu un accueil favorable des juges et des avocats dans les provinces canadiennes anglophones et ont été mises en œuvre par certains tribunaux<sup>1614</sup>. Ces lignes sont généralement appréciées pour leur cohérence et leur prédictibilité. Toutefois différentes critiques se sont fait entendre en particulier parce que ces lignes donnaient des solutions « à l'emporte-pièce » et pas obligatoirement adaptées à une situation particulière. On leur reprochait aussi leur complexité<sup>1615</sup>. D'autres critiques ont considéré qu'elles modifiaient l'état du droit et cela sans réforme législative et ont donc contesté leur légitimité. Toutefois les auteurs des lignes directrices font valoir que ces lignes directrices ne doivent pas être utilisées de façon simpliste, qu'elles permettent d'avoir un large éventail de solutions tout en donnant une certaine et souhaitable cohérence à la jurisprudence. Ils ajoutent qu'en ce qui concerne la seconde critique, ces lignes n'ont pas pour objectifs de modifier le fond du droit canadien relatif aux pensions alimentaires entre ex-conjoints<sup>1616</sup>.

**919.** Les tribunaux des provinces anglophones avaient bien reçu ces lignes directrices et c'est en particulier le cas de la Cour d'appel de la Colombie Britannique qui dans la décision *Yemchuk c. Yemchuk*<sup>1617</sup> a reconnu leur utilité de ces lignes directrices et le fait qu'elles ne touchaient pas au fond du droit de l'obligation alimentaire et qu'elles pouvaient être utilisées comme un élément dans le raisonnement des juges<sup>1618</sup> pour le calcul de la pension. Cette Cour d'appel est même allée plus loin en considérant que le fait que le montant de la pension fixée

---

<sup>1614</sup> Voir Rogerson Carol et Thompson Rollie, « Spousal Support Advisory Guidelines Seven Months Later », [2005] *LAWNET* 1, 22 août 2005, Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*, p. 22 et s. rapport de juillet 2008.

<sup>1615</sup> Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 313.

<sup>1616</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*, p. 24 et s.

<sup>1617</sup> *Yemchuk c. Yemchuk*, 2005 BCCA 406 (CanLII), voir les commentaires de Schmitz Cristin, « B.C. appeal court calls spousal support guidelines « useful tools », [2005] 25 *The Lawyer Weekly* no 16.

<sup>1618</sup> « They do not operate to displace the courts' reliance on decided authorities (to the extent that relevant authorities are forthcoming) but to supplement them. In that regard, they do not constitute evidence, but are properly considered as part of counsels' submissions ».

s'éloigne substantiellement de la fourchette déterminée à l'aide de ces lignes directrices sans aucune justification peut être une cause d'appel et amener la Cour à revoir ce montant<sup>1619</sup>. D'autres tribunaux comme la Cour d'appel de l'Ontario ont également reconnu l'importance de ces lignes directrices<sup>1620</sup>. Suite aux commentaires auxquels elles ont donné lieu de la part de la jurisprudence et de la doctrine, les auteurs de ces lignes les modifièrent et les adaptèrent en 2008.

**920.** Depuis, aucune évaluation de ces lignes directrices n'a encore été officiellement effectuée au Canada même si elle est prévue. Les auteurs Carol Rogerson et Rollie Thompson ont toutefois fait un premier bilan de leur utilisation<sup>1621</sup>, et constatent qu'elles ont profondément changé la pratique des avocats et des tribunaux.

**921.** Selon elles, les parties ne partent désormais plus de zéro pour déterminer la pension alimentaire entre époux et peuvent utiliser cette fourchette qu'elles considèrent comme objective. Ces lignes directrices sont utilisées comme cadre dans les négociations et le débiteur sera plus facilement prêt à accepter la limite basse de la fourchette quand le créancier sera également d'accord. Mmes Landau et M. Thorne ajoutent qu'elles ont permis de réduire le nombre de contentieux<sup>1622</sup>. L'utilisation de ces lignes directrices aurait aussi permis de diminuer le nombre de divorces dans lesquels le juge doit déterminer le montant de la pension alimentaire. A l'exception de cas plus spécifiques, comme lorsque les époux disposent de patrimoines ou revenus très importants, les conjoints se limitent à appliquer les lignes directrices et le juge entérine leur position. Les auteurs ont également constaté une certaine homogénéisation des montants octroyés grâce à l'application de ces lignes et cette homogénéisation a aussi permis de mettre en exergue des spécificités locales dans la détermination des montants de pension alimentaire par certaines cours (dues généralement à une vision particulière du barreau local) qui ne sont plus justifiables et doivent être soit modifiées soit justifiées. Une autre conséquence intéressante de la mise en œuvre de ces lignes directrices est qu'elle a permis de traiter les hommes et les femmes de la même façon et, dans ce cas, en faveur des hommes. En effet, les pensions alimentaires en faveur des

---

<sup>1619</sup> *Redpath c. Redpath*, 2006 BCCA 338

<sup>1620</sup> Schmitz Cristin, « Spousal guidelines accepted as « litmus test of reasonableness », [2008] 27 *The Lawyer Weekly* no 35.

<sup>1621</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guideline », (2011) 2 *Fam. L. Q.* 241, p. 261 et s.

<sup>1622</sup> Landau Barbara, Wolfson Lorne et Landau Niki, *Family Mediation, Arbitration and Collaborative Practice Book*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexis Nexis, 2012, p. iii.

hommes ont toujours été traités de façon différente, le plus souvent à leur désavantage et ces lignes directrices permettent alors de rétablir l'équilibre en leur faveur en n'opérant pas de discrimination en fonction du sexe du demandeur. Enfin, une première analyse de l'application de ces lignes directrices montre qu'elles servent de base à l'analyse de la détermination du montant de la pension alimentaire et ne sont pas utilisées sans réflexion par les tribunaux et les avocats.

**922.** Toutefois, dans cette première étude, les auteurs précisent que si de nombreux juges et avocats ont une utilisation intelligente de ces lignes, d'autres se limitent à utiliser les résultats sans autre réflexion ce qui peut alors être un défaut de ces lignes qui ne sont que directrices et doivent être adaptées. Les auteurs rappellent d'ailleurs qu'un certain nombre d'exceptions existe pour l'application de ces lignes directrices et que tous les cas ne sont pas prévus, les avocats et les magistrats doivent conserver un certain esprit critique par rapport aux montants déterminés et aux spécificités de chaque cas.

**923.** Malgré ces inconvénients, l'utilisation des lignes directrices facultatives canadiennes est globalement positive pour Mmes Rogerson et Thompson, et si ces lignes directrices ne sont pas parfaites et ne couvrent pas l'intégralité des cas, elles aident à déterminer le montant de la pension alimentaire entre époux dans la grande majorité des cas dans les provinces anglophones canadiennes.

**924.** M. et Mme Payne<sup>1623</sup>, suite à une première analyse de la jurisprudence des différentes provinces canadiennes, relèvent également que les tribunaux utilisent ces lignes comme point de départ et considèrent qu'elles ne doivent pas se substituer à une analyse du cas et des facteurs et objectifs fixés par la loi sur le divorce. Ils constatent que les lignes directrices sont en accord avec les prescriptions fixées dans *Moge c. Moge*<sup>1624</sup> en cas de mariage long dans lequel l'épouse a assuré l'entretien du foyer et l'éducation des enfants. Il ressort aussi de cette étude de la jurisprudence que les tribunaux utilisent plutôt ces formules pour déterminer le montant que la durée de la pension alimentaire, et cela en particulier pour le calcul de la pension sans enfant. Ces lignes interviennent pour déterminer le montant de la pension alimentaire lorsque le principe de la pension a été accepté par la cour en faveur d'un des

---

<sup>1623</sup> Payne Julien et Payne Marilyn, *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 326 et s.

<sup>1624</sup> *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813

époux. Dans des cas exceptionnels, elles ont également été utilisées pour refuser un droit<sup>1625</sup>. Depuis l'intégration de ces lignes directrices dans les programmes informatiques de calcul des pensions, M. et Mme Payne remarquent que celles-ci sont plus utilisées même si les juges et avocats vérifient que ces programmes informatiques sont adéquats lorsqu'ils utilisent les lignes directrices avec enfants. Ils constatent enfin que ces lignes sont, d'une façon générale, utilisées de plus en plus fréquemment par les tribunaux même si certaines questions se posent toujours concernant leur mise en œuvre et se poseront jusqu'à ce que la Cour suprême prenne position.

**925.** Une seule province persiste à ne pas utiliser ces lignes directrices : le Québec. Les avocats québécois utilisent peu ces lignes directrices même si leur existence est mentionnée dans l'ouvrage de base de la formation des futurs avocats<sup>1626</sup>. Un juge a considéré que « le Tribunal n'est pas un banc d'essai ou un laboratoire de recherche. Il a pour mission d'appliquer la loi dans toute sa rigueur »<sup>1627</sup>. Le 5 juin 2006, la Cour d'appel du Québec<sup>1628</sup> s'est prononcée sur la valeur probante qu'elle souhaitait donner à ces lignes directrices. Elle a alors considéré qu'au regard du dossier et des plaidoiries, elle ne pouvait énoncer un arrêt de principe relativement à ces lignes directrices. Toutefois, la Cour ajoute qu'elle ne voit pas comment énoncer des principes sur l'utilisation d'un simple outil facultatif. Dans une autre décision de 2011<sup>1629</sup>, après avoir effectué une analyse détaillée de ces lignes directrices et de leur fonctionnement, la Cour a considéré que si ces lignes sont un outil sérieux, elles ne font pas partie de la loi et le fait de ne pas les utiliser dans une analyse juridique ne saurait être vu comme une erreur de droit. La Cour explique que les parties sont libres de les utiliser ou non dans le cadre de leurs négociations et que les juges de première instance sont les mieux placés pour déterminer ou non leur utilité. Les lignes directrices sont donc loin de recevoir au Québec l'accueil qui leur est réservé dans les provinces canadiennes et certains auteurs doutent qu'elles ne soient jamais mise en œuvre au Québec<sup>1630</sup>.

---

<sup>1625</sup> *Rossi c. Rossi* [2005] O.J. N°4136 (Sup. Ct.), *Bains c. Bains* [2008] A.J. n°537 (Q.B.).

<sup>1626</sup> Harvey Sylvie, « L'obligation alimentaire » dans *Collection de droit 2014-2015, Volume 3 – Personnes, famille, Successions*, Ecole du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 2014, p. 229.

<sup>1627</sup> *B.D. c. S.Du.* (2006) QCCS 1033, EYB 2006-101965

<sup>1628</sup> *G.V. c. Q.C.* (2006) QCCA 263, commentaires Prémont Claudia P., « Commentaire sur la décision *V. (G.) c. G. (C.)* - La Cour d'appel se prononce sur les « Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux », (2006) *Repères* Septembre, REJB EYB2006REP512.

<sup>1629</sup> *Droit de la famille – 112606*, 2011 QCCA 1554.

<sup>1630</sup> Jarry Jocelyne, *op. cit.*, p. 218.

926. Une avocate spécialisée en droit de la famille de Québec nous a fait remarquer que ces lignes directrices facultatives apparaissaient, pour elle, comme trop automatiques. A l'instar des auteurs de ces lignes, nous nous demandons s'il n'y a pas alors une incompréhension au Québec et certainement, et en réalité, méconnaissance de celles-ci. Les lignes directrices ne sont là que pour permettre une certaine uniformisation des pensions versées. L'avocate dans la même discussion, nous expliquait alors, et après que nous l'ayons interrogée sur le sujet, que dans le cadre d'un mariage traditionnel, l'épouse pouvait espérer entre 30 et 35% des revenus de son conjoint et que ces chiffres se retrouvaient, selon elle, dans les différentes décisions dans lesquelles elle avait été partie. Il existerait donc implicitement une sorte de ligne directrice dans la jurisprudence des juges québécois. Toutefois, s'il s'agit de la vision d'une avocate qui voit certainement ses affaires jugées par les mêmes magistrats, une étude a montré qu'au Québec la situation était moins simple et que les décisions étaient beaucoup moins homogènes que semblaient le penser notre avocate<sup>1631</sup>.

927. Il peut alors paraître étonnant qu'il existe une telle réticence face aux propositions de Carol Rogerson et Rollie Thompson. Les auteurs dans leur dernière version des lignes ont même cherché à adapter ces lignes aux spécificités québécoises<sup>1632</sup>. Aujourd'hui ces lignes ont été intégrées dans le programme Aliform qui est le programme de base pour le calcul des pensions alimentaires mais aussi le partage du patrimoine familial au Québec. Elles ont l'avantage fondamental de permettre une certaine unification dans la jurisprudence relative à la fixation des pensions alimentaires dans tout le Canada. Si les provinces canadiennes anglophones commencent à les appliquer de façon régulière, certains auteurs québécois<sup>1633</sup> regrettent que le Québec continue à se démarquer, et, avec humour, disent même que le signe astrologique des parties pourrait servir d'élément pour déterminer le montant de la pension<sup>1634</sup>. Le Québec se prive d'un instrument utile d'évaluation de pensions alimentaires et certains espèrent que des décisions prises dans certaines provinces anglophones et ayant un important écho médiatique, amènent à se poser de nouveau la question de l'application de ces lignes directrices<sup>1635</sup>.

---

<sup>1631</sup> Johanne April a effectué une étude sur 250 décisions de 2006 à 2009 pour constater l'importante hétérogénéité des décisions au Québec, April Johanne, « Pension alimentaire pour époux : quel est ton signe ? », dans *Développements récents en droit familial*, 2009, Service de la Formation continue du Barreau du Québec, EYB2009DEV1573.

<sup>1632</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, *op. cit.*, p. 176 et s. rapport de juillet 2008.

<sup>1633</sup> Goubau Dominique, *Droit de la famille québécois*, Publications CCH Ltée, p. 5533-13, 6 novembre 2009

<sup>1634</sup> April Johanne, *op. cit.*

<sup>1635</sup> Voir ainsi la décision *Elgner c. Elgner* rendue par la Cour supérieure de l'Ontario qui a en deux heures fixé le montant de la pension alimentaire devant être versée à l'épouse, les époux ayant un patrimoine très élevé et le



928. Au niveau fédéral, la Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée sur ces lignes directrices et s'est simplement limitée à les mentionner dans plusieurs de ses décisions<sup>1636</sup>. Si elle devait un jour leur donner une certaine valeur, la position québécoise pourrait alors être amenée à évoluer.

929. Si un travail aussi important que celui de Carol Rogerson et Rollie Thompson n'a pas encore été effectué en France, différentes propositions de calcul pour les prestations compensatoires ont été présentées au cours des dernières années.

## B. Les propositions françaises

930. Depuis quelques années émerge également en France une certaine volonté de mettre en place des grilles ou des barèmes pour les pensions alimentaires en faveur des enfants et pour les prestations compensatoires.

931. En ce qui concerne les pensions alimentaires pour enfants, dès 1999, Mme Dekeuwer-Défossez<sup>1637</sup> avait proposé de mettre en œuvre un groupe de travail destiné à réfléchir à l'élaboration d'un barème pour ces pensions. La Chancellerie suivit ses recommandations et demanda à la mission de recherche « Droit et Justice » de constituer un groupe de travail chargé de réfléchir à la faisabilité et à l'élaboration d'un tel barème<sup>1638</sup>. Ce groupe de travail s'est alors basé sur un questionnaire remis aux différents juges chargés des affaires familiales pour effectuer son étude et après avoir constaté que la majorité d'entre eux semblait favorable à la mise en œuvre d'un barème, commença à réfléchir à l'élaboration de celui-ci. Ce travail fut également complété par un rapport rédigé par un groupe de travail de l'Université de Nancy en 2003 pour les ministères de la Justice et de l'emploi et de la solidarité<sup>1639</sup>. Ce

---

montant de la pension accordé atteignant la somme de 110 000 \$ par mois, Roberge Justin, « Commentaires sur la décision *Elgner v. Elgner* – Comment établir en moins de deux heures le quantum d'une pension alimentaire entre époux à plus de 100 000 dollars par mois ? », *Repères*, avril 2010.

<sup>1636</sup> Rogerson Carol et Thompson Rollie, « The Canadian Experiment with Spousal Support Guideline », (2011) 2 *Fam. L. Q.* 241, p. 260.

<sup>1637</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob, Septembre 1999

<sup>1638</sup> Sous la direction de Sayn Isabelle, *Un barème pour les pensions alimentaires ? La documentation française*, 2002.

<sup>1639</sup> Bourreau-Dubuis Cécile, Deffains Bruno, Doriat-Dubian Myriam, Jankeliowitch-Laval Eliane, Jeandidier Bruno, Khelifi Ouarda, Langlais Eric, Ray Jean-Claude, *Les obligations alimentaires vis-à-vis des enfants de*

rapport après avoir étudié un nombre important de décisions du Tribunal de grande instance de Mulhouse et s'être interrogé sur la nécessité de mettre en œuvre un barème pour ces pensions, avait déduit, au nom de l'équité entre enfants et entre parents et enfants, l'utilité d'un tel barème et proposé différents modes de calcul. Toutefois, la démarche la plus intéressante en la matière fut celle faite par M. Martin Saint-Léon, alors juge aux affaires familiales de Mulhouse qui a élaboré, avec la collaboration de M. Habener et de M. Metzger, un véritable logiciel de calcul de l'obligation alimentaire pour les enfants, JAF 2002. Ce logiciel originellement destiné aux magistrats a été diffusé chez les avocats. Il n'avait néanmoins pas de valeur légale et de nombreux avocats continuaient à s'opposer à la mise en œuvre d'une méthode uniformisée de fixation de la contribution à l'entretien des enfants<sup>1640</sup> même s'ils se plaignaient également de ne pouvoir donner à leurs clients des indications quant à la fixation de cette contribution ou de la prestation compensatoire en faveur des époux<sup>1641</sup>.

**932.** Toutefois la diffusion du logiciel JAF 2002 a pu permettre une certaine uniformisation de la fixation des montants des pensions alimentaires pour enfants et la mise en œuvre d'un tel barème a, de plus, obtenu un nouveau soutien avec la Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard<sup>1642</sup> qui a considéré que, dans l'objectif de permettre aux parties de plus facilement passer des accords entre elles, un tel barème serait nécessaire. La Chancellerie a alors élaboré une « table de référence » facultative qui a été testée par des magistrats et des avocats de la Cour d'appel de Toulouse<sup>1643</sup>. Cette table a aussi été confrontée à un échantillon représentatif de décisions de cours d'appel et une enquête a été menée auprès des magistrats qui ont participé à cette expérience afin d'avoir leur opinion sur cette grille ou « table de référence » et confronter les montants accordés à ceux prévus dans la grille. Il est ressorti de l'enquête que les magistrats ont bien accueilli cette expérience et

---

*parents divorcés : une analyse économique au service du droit*, Note de Synthèse, Rapport de recherche pour le compte du GIP « Mission recherche droit et justice », décembre 2003.

<sup>1640</sup> Selon un questionnaire adressé à tous les bâtonniers puis diffusé largement en France à la fin de l'année 2004, 65% des avocats ne sont pas favorables à l'instauration d'une méthode uniformisée de fixation de la contribution à l'entretien des enfants, voir Vailly Dominique, « Analyse de la consultation lancée à la fin de l'année 2004 auprès des cabinets d'avocats », *AJ Fam.* 2005, n°3/2005, p. 86.

<sup>1641</sup> Muncany-Perves Elisabeth, « Pensions alimentaires et prestations compensatoires : quelles méthodes d'évaluation ? Propos introductifs », *AJ Fam.* 2005, n°3/2005, p. 84.

<sup>1642</sup> Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008, p. 299 et s.

<sup>1643</sup> Sayn Isabelle, « Un barème pour fixer les contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants ? - Note d'étape », *AJ Fam.* Janvier 2010, p. 34 ; Bardout Jean-Claude, Bourreau-Dubois Cécile et Sayn Isabelle, « Une table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants – Présentation générale », *Dr. Fam.* mars 2010, p. 7 ; pour une appréhension de la façon dont les économistes évaluent le coût de l'entretien de l'enfant voir Bourreau-Dubois Cécile, « Analyse économique », *Dr. Fam.* mars 2010 p. 16.

étaient favorables à l'instauration d'un tel barème facultatif<sup>1644</sup>. Cette « grille de référence » a été publiée par le Ministère de la Justice le 20 juillet 2010 afin de permettre de mieux harmoniser les pratiques des magistrats<sup>1645</sup>. Téléchargeable sur le site internet du Ministère de la Justice<sup>1646</sup>, et remise à jour en 2012, elle permet de calculer le montant de la pension alimentaire due par enfant en proportion du revenu, diminué d'un minimum vital de 483 €. La proportion varie alors suivant le nombre d'enfant à charge (quelle que soit l'union dont ils sont nés) et l'amplitude du droit de visite et d'hébergement : réduit, classique ou alterné sans partage spontané des frais. La pension alimentaire sera alors de 18% du revenu du débiteur lorsque l'enfant est seul et que l'autre parent a un le droit d'hébergement exclusif et sera réduit à 4,8 % de ce revenu en présence de 6 enfants et dans le cas d'un droit d'hébergement alterné. Si l'on prend par exemple, un parent débiteur ayant 1 600 € de revenu mensuel, 2 enfants à charge et qui exerce un droit d'hébergement classique pour ses deux enfants, le montant de la pension selon le tableau de référence sera :

Pension alimentaire =  $(1\ 600 - 483) \times 0,115 = 128$  € par enfant (soit au total 256 € pour les deux enfants).

**933.** La mise en œuvre de cette table facultative ne pose juridiquement pas de problèmes<sup>1647</sup> à la condition que le magistrat qui souhaite en faire usage, respecte le principe du contradictoire et fasse en sorte que les époux aient connaissance de ce barème. La Cour de cassation a aussi rappelé la nécessité pour le magistrat d'argumenter sa décision et de ne pas fonder sa décision sur la seule table existante et sur les seuls facultés contributives des parents de l'enfant et des besoins de celui-ci<sup>1648</sup>. La diffusion de la table de cette grille peut permettre au juge de vérifier que le montant déterminé par les parties dans le cadre de l'accord se rapproche bien du montant de référence et écarter la convention s'il considère qu'elle dérive trop de ce montant. Suite à la publication de ces tables, une étude a été menée par le ministère de la justice et a montré que les pratiques antérieures des juges validaient « largement les choix des critères retenus » pour ces tables<sup>1649</sup>.

---

<sup>1644</sup> Bardout Jean-Claude, Bourreau-Dubois Cécile et Sayn Isabelle, *op. cit.* p. 9.

<sup>1645</sup> Voir le communiqué du Ministère publié sur le site de service-public.fr le 20 juillet 2010,

<http://www.service-public.fr/actualites/001721.html?xtor=EPR-140>,

[http://justice.gouv.fr/art\\_pix/table\\_pa\\_20100715.pdf](http://justice.gouv.fr/art_pix/table_pa_20100715.pdf), voir annexe

<sup>1646</sup> <http://www.service-public.fr/actualites/001721.html>

<sup>1647</sup> Voir Sayn Isabelle, « Analyse juridique », *Dr. Fam.* mars 2010 p. 20.

<sup>1648</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, *AJ Fam.* 2013 p. 598, interview de Jean-Claude Bardout. *Petites affiches* 2013, n° 243 p. 12, note Massip Jacques.

<sup>1649</sup> Avena-Robardet Valérie, « Le barème des pensions alimentaires à l'épreuve », *AJ Fam.* 2012, p. 246, Sayn Isabelle, Jeandidier Bruno, Bourreau-Dubois Cécile, *La fixation du montant des pensions alimentaires : des pratiques et un barème*, Infostat Justice, Mars 2012, n° 116.

**934.** En matière de prestation compensatoire, la situation est tout autre. En ce qui concerne l'évaluation du montant de la prestation compensatoire destinée à compenser la perte des droits à la retraite, certains<sup>1650</sup> proposent d'utiliser les moyens existants en matière de calcul des pensions de retraite et en particulier les informations données par le « GIP Info Retraite » ou les simulations faites par « M@rel ». Afin de calculer le capital nécessaire pour assurer le complément de revenu nécessaire au conjoint créancier, il est ensuite proposé d'utiliser les tables de Prefon, le fonds de pension de retraite des fonctionnaires, ou les tables annexées au décret n° 2004-1157 du 29 octobre 2004. On notera que la loi portant réforme des retraites de novembre 2010<sup>1651</sup> a prévu la possibilité pour les époux de demander une évaluation de leurs droits à la retraite lors de leur procédure de divorce. Le décret d'application n'étant pas encore publié à ce jour, les simulations ne sont pas encore disponibles. Toutefois si ces outils sont utiles pour compenser la perte d'une partie de la retraite, ils ne sont pas suffisants pour calculer plus généralement la prestation compensatoire.

**935.** Différentes propositions de méthode de calcul ont alors été faites pour les prestations compensatoires. M. David considère que certaines sont empiriques et issues de la pratique des tribunaux, alors que d'autres méthodes dites doctrinales ont été proposées par certains auteurs<sup>1652</sup>. Nous reprendrons alors cette classification pour présenter ces différentes méthodes proposées en commençant par les propositions doctrinales qui furent les premières présentées (1) avant d'étudier les propositions empiriques (2).

*1. Propositions de méthode de calcul pour les prestations compensatoires  
« doctrinales »*

*a. Proposition de méthode de calcul de M. Cogno-Bourdieu et Mme Moos*

**936.** Une première proposition de méthode de calcul a été proposée par M. Cogno-Bourdieu et Mme Moos en 1998<sup>1653</sup>. Il était proposé de calculer le montant de la prestation compensatoire en partant de la comparaison des trains de vie des membres du couple avant et

---

<sup>1650</sup> Marcilhacy Dominique, Bichot Jacques et Briard François-Henri, « Quels outils économiques au service de la juridiction familiale ? », *D.* 2009, p. 480.

<sup>1651</sup> Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, article 6.

<sup>1652</sup> David Stéphane, « Calcul de la prestation compensatoire : proposition d'un expert », *AJ Fam.* 2010 p.350.

<sup>1653</sup> Cogno-Bourdieu Gérard et Moos Danielle, « Proposition d'une méthode de calcul de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1998 II p. 1718.

après le divorce. Les auteurs proposaient alors de tenir compte du train de vie du couple pendant les dix dernières années de mariage puis de calculer le train de vie probable pour les dix années suivant le divorce. Il fallait prendre en considération tant le patrimoine des conjoints, que leurs salaires et leur valorisation universitaire mais aussi atténuer les chiffres avec des éléments tels que la fiscalité ou les facteurs de fatigue.

**937.** Pour mettre en œuvre cette méthode, différents tableaux devaient être élaborés<sup>1654</sup>. Le premier reprenait le train de vie du couple marital au cours des dix dernières années avec les montant respectifs des revenus de chacun des époux, le calcul en % des apports de chacun, les biens qu'ils détiennent ainsi qu'une valorisation avec un taux annuel choisi afin de déterminer la contribution que peut avoir, par exemple la maison, au train de vie de chacun. Tous ces différents revenus étaient ajoutés afin de déterminer la contribution de chacun au train de vie du couple. Un train de vie global sur dix ans était alors déterminé.

**938.** Ce train de vie global était ensuite divisé par dix pour obtenir le train de vie annuel du couple, train de vie du couple ensuite pondéré en fonction des revenus des époux : par exemple Madame gagne 5 € et Monsieur 15 €, Madame sera considérée comme ayant généré 25% du train de vie du couple et Monsieur 75 %.

**939.** Les auteurs corrigeaient ces taux trains de vie en tenant compte de la fiscalité ainsi que de la compensation de fatigue. Cette dernière était calculée en fonction de différents taux variant selon le nombre d'enfants et de la durée effective pendant laquelle les époux s'étaient consacrés à les élever. Une fois la compensation de fatigue calculée celle-ci était déduite de l'apport au train de vie de chacun des époux ou plus généralement de l'épouse.

**940.** Afin de calculer un premier plafond de prestation compensatoire, il était, dans un premier temps, nécessaire de déduire du train de vie global brut du couple la fiscalité (un barème d'un tiers ayant été retenu par les auteurs). Le train de vie global net du couple étant fixé, l'épouse qui, par exemple, contribuait à hauteur de 27 % du train de vie du couple, bénéficiait alors de 23 % de ce train de vie (23% auquel contribuait l'autre). Elle ne devait donc pas obtenir plus de prestation compensatoire que ce dont elle bénéficiait du train de vie du couple, soit 23 %.

---

<sup>1654</sup> Voir Cogno-Bourdieu Gérard et Moos Danielle, *op. cit.*

**941.** Le second tableau devant être déterminé a pour objectif de fixer le train de vie du couple après la séparation commune. Le couple n'ayant plus de vie commune, ce tableau ne reprenait que les seuls revenus de chacun des conjoints projetés pendant dix ans. Ce nouveau tableau devait permettre de déterminer les besoins de l'époux bénéficiaire de la prestation compensatoire et les capacités de l'époux débiteur. Un correctif était également mis en œuvre pour prendre en compte l'éducation des enfants.

**942.** Ces différents calculs étant effectués la prestation compensatoire se calculait à partir du déficit de train de vie de l'épouse ou de l'époux le plus désavantagé (plafonné par le bénéfice marital de cet époux et par la capacité de l'autre conjoint), auquel est ajoutée la contribution à l'éducation des enfants.

**943.** Cette proposition fondée sur de nombreux calculs avec un nombre importants de taux fixés par les auteurs paraît particulièrement complexe à mettre en œuvre. Ce fut une des premières propositions de calcul proposées et elle ne semble pas avoir eu beaucoup d'échos. La proposition suivante a en revanche plus retenu l'attention.

*b. Proposition de méthode de calcul de M. Martin Saint-Léon*

**944.** Une seconde proposition a été faite par M. Martin Saint-Léon<sup>1655</sup>. Elle consiste dans un premier temps à calculer ce qu'il appelle le différentiel des conditions de vie entre les deux époux au moment du divorce. Ce différentiel est égal à la condition de vie de l'époux le plus à l'aise économiquement (soit ses revenus moins ses charges) moins la condition de vie de l'autre conjoint (ses revenus moins ses charges). Ce différentiel est alors divisé par deux et on obtient alors le montant M.

**945.** Afin de calculer la prestation compensatoire, on va prendre en compte tant l'âge du créancier que la durée du mariage, les critères parfaitement objectifs selon l'auteur et qui peuvent être exploités sous forme de tables. Une échelle de points est alors attribuée à ces critères :

---

<sup>1655</sup> Martin Saint-Léon Dominique, « L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale », *Gaz. Pal.* 2002, Doctrine, p. 1576, « Le calcul de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2005, n°3/2005, p. 95.

<b>Durée du mariage</b>	0 à 4 ans	5 à 9 ans	10 à 14 ans	15 à 19 ans	20 à 24 ans	25 à 29 ans
<b>Nombre de points</b>	3	6	9	12	15	18

<b>Durée du mariage</b>	30 à 34 ans	35 à 39 ans	40 à 44 ans	45 à 49 ans	50 à 54 ans	55 à 59 ans
<b>Nombre de points</b>	21	24	27	30	33	36

<b>Durée du mariage</b>	60 à 64 ans	65 à 69 ans	70 à 74 ans	75 à 79 ans	80 à 84 ans
<b>Nombre de points</b>	39	42	45	49	50

**946.** Chaque point équivaut, selon M. Saint-Léon, à trois mois de compensation. Il suffit donc de calculer le nombre de points en fonction des deux tableaux (celui de l'âge et celui de la durée du mariage). Ce nombre de points total multiplié par trois<sup>1656</sup> déterminera la durée totale pendant laquelle devra être versé la compensation soit M, la moitié du différentiel calculé précédemment.

**947.** Lorsque la prestation compensatoire devra être versée sous forme de capital, le conjoint le moins fortuné aura droit à :

$M \times [3 \times (\text{Nombre de points pour l'âge} + \text{nombre de points pour le mariage})] = \text{prestation compensatoire totale}$

*Exemple chiffré :*

1. durée du mariage : 16 ans
2. revenu de Monsieur : 2 000 €
3. revenu de Madame : 1 500 €
4. Age de Madame : 39 ans

$$M = (2\,000 - 1\,500) : 2 = 250$$

<sup>1656</sup> Pour arriver à ce résultat de 1 point = trois mois, l'auteur s'est fondé sur des simulations issues de décisions de différentes Cours d'appel et ce système semblait être celui qui était le plus proche de la réalité.

Prestation compensatoire totale =  $250 \times [3 \times (3 \text{ (nombre de points pour l'âge)} + 12 \text{ (nombre de point pour la durée du mariage)})] = 11\,250 \text{ €}$ .

Madame aura donc droit à une prestation compensatoire totale de 11 250 €.

On remarquera, enfin, que si le différentiel est inférieur à  $\frac{1}{4}$  de la condition de vie du conjoint ayant la condition la moins élevée, il n'y aura pas de prestation compensatoire versée.

Ainsi par exemple :

2. Conditions de vie de Madame : 1 200 €

3.  $\frac{1}{4}$  de 1 200 € = à 300 €

4. écart entre les deux conditions de vie est de 1 300 € soit supérieur à 300 € : Madame **peut** demander une prestation compensatoire.

*2<sup>ème</sup> Exemple :*

1. Conditions de vie de Monsieur : 2 300 €

2. Conditions de vie de Madame : 1 900 €

3.  $\frac{1}{4}$  de 1 900 € = à 475 €

4. écart entre les deux conditions de vie est de 400 € soit inférieur à 475 € : Madame **ne peut pas** demander une prestation compensatoire.

### *c. Proposition de calcul de M. Depondt*

**948.** Une première version de cette méthode empirique a été proposée dans le cadre d'un dossier sur le calcul de la prestation compensatoire dans la revue *Actualités juridiques Famille* de septembre 2010<sup>1657</sup>. M. Depondt propose ainsi dans un premier temps de calculer ce qu'il appelle le potentiel d'épargne moyen de chacun des époux. Ce potentiel est fixé en tenant compte de l'intégralité des revenus d'activité perçus par les époux du jour du divorce au jour présumé de leur retraite (généralement 65 ans) corrigé par ce qu'il appelle un coefficient de précarité. Ainsi ce coefficient varie suivant l'emploi et la possibilité pour un des conjoints de le perdre. Il est par exemple de à 0,9 pour un cadre dirigeant et de 1 pour un fonctionnaire. A ces revenus d'emploi, M. Depondt ajoute les revenus de substitution correspondant aux revenus touchés par chacun des époux du jour de leur retraite au jour de leur décès (déterminé en fonction de données statistiques relatives à l'espérance de vie par sexe). Enfin, des revenus

---

<sup>1657</sup> Depondt Axel, « La méthode de calcul d'un notaire-expert », *AJ Fam.* 2010 p. 365.



du capital peuvent également être ajoutés à ces revenus d'activité et de substitution, revenus également calculés pour l'ensemble de la durée de vie estimée des époux à compter du divorce.

**949.** Le premier calcul correspond ainsi à (pour chacun des époux) :

- Intégralité des revenus d'activité du jour du divorce au jour de la retraite + intégralité des revenus de substitution du jour de la retraite au jour présumé du décès + intégralité des revenus du capital du jour du divorce au jour présumé du décès = somme.
- De cette première somme, peuvent être retirées un certain nombre de dettes. Un premier résultat R est alors obtenu.
- Ce résultat est alors divisé par le nombre supposé d'années à vivre de l'époux du jour du divorce jusqu'au jour présumé de son décès. On obtient alors le montant annuel des revenus de l'époux :  $R / \text{un nombre } x \text{ d'années} = \text{revenu annuel de l'époux}$ .
- Ce revenu annuel est ensuite corrigé par un potentiel d'épargne moyen théorique (dépendant du montant des revenus de l'époux) qui peut aller de 10 à 27,91 % selon une table déterminée par l'auteur.

Le calcul est effectué pour chacun des époux et deux montants, M 1 pour Monsieur et M 2 pour Madame, sont alors obtenus. On calcule alors à partir de ces montants, la prestation compensatoire que l'autre obtiendrait s'il n'avait pas de revenus :

- si Madame n'avait pas de revenus, la prestation compensatoire correspondrait à  $M 1 \times 8 \text{ (8 années)} = P 1$
- si Monsieur n'avait pas de revenus, la prestation compensatoire correspondrait à  $M 2 \times 8 \text{ (8 années)} = P 2$

On compare ensuite P 1 et P 2 et la différence ira à celui qui aurait dû obtenir la prestation compensatoire la plus élevée.

Des correctifs doivent enfin et toutefois être calculés pour cette prestation en tenant compte, tout d'abord, de l'âge du débiteur : 1% en moins par année lorsque le débiteur a moins de 45 ans, et 1% en plus par année lorsque ce débiteur a plus de 45 ans.

La durée du mariage est également prise en compte et 5 % par année sont octroyés pour les mariages de plus de 20 ans.

Enfin, le nombre d'enfants est pris en considération. On ajoute ainsi 16 % pour chaque enfant à partir du troisième enfant et on retire 16 % lorsque le couple n'a qu'un enfant et 32 % s'il n'en a pas. La correction relative à l'âge des enfants paraissant difficile à déterminer, elle n'a pas été prise en compte par l'auteur.

**950.** Suite à certaines critiques et commentaires, l'auteur a effectué quelques modifications et améliorations de sa méthode<sup>1658</sup>. L'auteur, en particulier, est revenu sur la capacité d'épargne de certaines tranches de revenus. Il a aussi revu la durée du mariage long pour la faire passer de 20 à 28 ans et a décidé d'octroyer 3,57 % pour les années au-delà de 28 ans de mariage. Il a également pris en compte l'âge du débiteur de la prestation compensatoire, ce qui n'était pas le cas dans la première version. Il considère que si le montant de la prestation compensatoire doit culminer lorsque le débiteur a 65 ans, un système correctif doit intervenir pour que ce montant décroisse lorsque le débiteur est âgé de plus de 65 ans. Cette diminution est toutefois limitée à la moitié du montant initial afin de tenir compte tant du caractère indemnitaire que de celui alimentaire de la prestation compensatoire. Pour calculer ce correctif, l'auteur propose donc de déterminer le nombre d'années entre l'âge du débiteur et 65 ans (N), puis de diviser N par 2 et multiplier le résultat obtenu par 4,7 %. Le résultat final sera alors appliqué pour diminuer le montant de la prestation compensatoire dans la limite de 50 % du montant de la prestation déterminé avant l'application de ce correctif. Enfin, l'auteur a décidé de ne plus retirer les 16 ou 32 % lorsque le couple a moins de deux enfants, aucune justification n'existant pour cette diminution.

**951.** Ainsi, suite à ces différentes modifications, la méthode de calcul de M. Depondt est la suivante :

« **1** - Pour chaque époux, il faut calculer la capacité d'épargne théorique en additionnant les revenus d'activité, les revenus de substitution, et les revenus du capital en divisant le total obtenu par l'espérance de vie du débiteur, en se plaçant à la date du divorce (*Nota Bene* : il n'est pas nécessaire de faire la moyenne des revenus d'un époux en tenant compte de son

---

<sup>1658</sup> Depondt Axel, « Méthode de calcul de la prestation compensatoire – Tentative de perfectionnement de la méthode », *AJ Fam.* 2011, p. 482.

espérance de vie si ce dernier est déjà la retraite. En effet cela reviendrait à poser une règle de trois où le numérateur et le dénominateur seraient identiques). Les revenus du capital sont estimés (actuellement) à 3,5 % de ce capital par an.

**2** - Leur capacité d'épargne est donnée par un tableau dont il résulte qu'elle atteint vite, puis stagne autour de 30 % des revenus bruts de l'intéressé. Pour la première tranche nous [l'auteur] suggérons de limiter la capacité d'épargne à 12 % au lieu de 21 %.

**3** - La prestation compensatoire théorique que chaque époux pourrait devoir à son conjoint est égale à huit fois sa capacité d'épargne.

**4** - On soustrait la prestation compensatoire théorique due par la créancière (ou le créancier) de celle, nécessairement plus élevée, due par le débiteur (ou la débitrice), pour arriver à une prestation compensatoire brute.

**5** - Ensuite on fait des corrections :

\* *Correctif lié au nombre d'enfants*

+ 16 % par enfant au-dessus de deux, mais ne pas faire de diminution pour les couples ayant eu moins de deux enfants.

\* *Correctif lié à la durée du mariage*

- retrancher 3,57 % par année de mariage en dessous de 28 ;

- pour les mariages ayant duré plus de 28 ans, décomposer la durée du mariage de la façon suivante :

- si la créancière ou le créancier a moins de 65 ans, ajouter 3,57 % par année de mariage au-dessus de 28 :

- si la créancière ou le créancier a plus de 65 ans, calculer les années de mariage à compter de cet âge, et ajouter 3,57 % / 2 par année de mariage.

\* *Correctif lié à l'âge :*

- retrancher 1 % par année d'âge de la créancière ou du créancier en-dessous de 45 ans,

- ajouter 1 % par année d'âge de la créancière ou du créancier entre 45 et 65 ans,

- retrancher 4,7 % / 2 par année d'âge de la créancière ou du créancier au-delà de 65 ans. »<sup>1659</sup>

---

<sup>1659</sup> Voir Depondt Axel, *ci-dessus*.

**952.** M. David considère les deux méthodes proposées par MM. Martin Saint-Léon et Depondt comme trop comptables et déshumanisées. Il propose alors différentes méthodes empiriques.

## *2. Les méthodes « empiriques » de M. David*

**953.** Quatre méthodes sont proposées par M. David<sup>1660</sup>. La première consiste à prendre pour base de calcul la pension alimentaire allouée en cours de procédure de divorce et à multiplier le montant de cette dernière par douze puis par huit : pension alimentaire x 12 mois x 8 ans.

**954.** La seconde méthode prend pour base 20 % de la différence mensuelle de revenus et multiplie le montant de cette dernière par douze puis par huit : 20 % de la différence de revenus x 12 mois x 8 ans.

**955.** La troisième méthode se base, de même que la première méthode, sur la pension alimentaire allouée en cours de procédure de divorce, multiplie le montant de celle-ci par douze puis par la moitié des années de mariage. Finalement, le chiffre ainsi obtenu est divisé par deux : (Pension alimentaire x 12 mois x moitié de la durée du mariage) ÷ 2.

**956.** Enfin la dernière méthode empirique est issue de l'imagination même de M. David même si elle se rattache à celles exposées précédemment. Dans ce cas également, le montant de la pension alimentaire allouée au cours de la procédure de divorce sert de base au calcul. L'auteur utilise ensuite le mode de calcul spécifique mis en place par le décret n° 2004-11577 du 29 octobre 2004 pour calculer la valeur de substitution d'un capital à une rente temporaire. Suivant les tables annexées au décret, le montant du capital est ensuite fixé à partir du montant de la rente indexée et de l'âge du créancier, en fonction de son espérance de vie, ainsi que d'un taux technique de 4 % : pension alimentaire x 12 mois x valeur de substitution.

**957.** A l'instar de M. Martin Saint-Léon<sup>1661</sup> nous considérons qu'une critique fondamentale peut être faite à trois de ces quatre méthodes. Ces dernières se basent en effet toutes les trois sur la pension alimentaire allouée au cours de la procédure de divorce. Or la fixation de cette

---

<sup>1660</sup> David Stéphane, « Calcul de la prestation compensatoire : proposition d'un expert », *AJ Fam.* 2010 p.350.

<sup>1661</sup> Martin Saint-Léon Dominique, « Méthodes de calcul : point de vue d'un magistrat », *AJ Fam.* 2010 p. 360

pension alimentaire ne répond à aucune table et est donc aléatoire. On détermine alors dans ces cas une prestation compensatoire à partir d'éléments fixés aléatoirement et le montant de cette prestation l'est donc aussi. De plus, on prend comme base une pension dont le fondement est totalement différent de la prestation compensatoire, puisque si la pension alimentaire correspond à l'exécution du devoir de secours lorsque l'union se dissout, la prestation compensatoire a pour objet de compenser les disparités nées du mariage et non d'exécuter ce devoir. M. Martin Saint-Léon s'interroge également sur la seconde méthode dont un des principaux défauts est qu'elle ne peut s'appliquer qu'en cas de disparité entre les revenus des conjoints. De plus, le pourcentage de 20 % n'apparaît pas satisfaisant dans l'absolu et pose un certain nombre de questions. Il nous semble également que si les revenus actuels sont pris en compte, les différences de revenus qui peuvent apparaître dans l'avenir, en particulier lors du calcul des retraites des époux, ne le sont pas. La compensation doit également intervenir pour les pertes de revenus futures liées aux choix faits pendant le mariage. M. Saint-Léon reproche également aux première, deuxième et quatrième méthodes de ne pas tenir compte de la durée du mariage et de traiter ainsi de la même façon les mariages longs et les mariages courts. Les quatre méthodes empiriques exposées par M. David ne paraissent donc pas totalement convaincantes.

**958.** C'est d'ailleurs cette vision qui est retenue par les magistrats. C'est ainsi que Mme la Juge Bérard<sup>1662</sup> considère que ces quatre méthodes empiriques sont les moins adaptées. Elle reconnaît néanmoins que si les autres méthodes sont plus intéressantes, elles doivent également être utilisées avec précaution en circonscrivant, par exemple, les revenus et biens pris en considération et ceux qui ne le sont pas (certains biens peuvent avoir été cachés par un époux, les revenus de futures retraites ne sont pas calculables...) ou encore en prenant en considération l'état de santé des époux. Si de telles méthodes peuvent servir de bases de calcul, de même que les logiciels informatiques qui en découlent, elles doivent être complétées par d'autres éléments afin de respecter au mieux tous les critères de l'article 271 du Code civil. C'est cette position qui a d'ailleurs été retenue par un groupe de magistrats et d'avocats qui a alors décidé de prendre en compte toutes les propositions étudiées précédemment et de les synthétiser dans une nouvelle méthode.

---

<sup>1662</sup> « L'application pratique des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire par les juges - Propos de M<sup>me</sup> Anne Bérard, vice-présidente, juge aux affaires familiales près le TGI de Paris, recueillis par Isabelle Copé-Bessis et Anne Karila-Danziger, avocats au barreau de Paris », *AJ Fam.* 2013 p. 17.

### 3. De nouvelles méthodes, synthèses des précédentes ?

**959.** Suite à la publication de ces différentes propositions, deux nouvelles propositions ont été faites. La première proposition a mené à la création d'un outil PCPilote ( $\alpha$ ) et la deuxième est une nouvelle méthode dite des ajustements présentée par Stéphane David et trois avocats ( $\beta$ ).

#### *$\alpha$ ) L'outil PilotePC*

**960.** La première méthode est issue des travaux d'un groupe de travail associant deux magistrats et deux avocats, groupe qui a été constitué afin d'élaborer une nouvelle méthode de calcul<sup>1663</sup>. Elle est accessible sur internet <http://pilotepc.free.fr><sup>1664</sup>. L'objectif de ces professionnels du droit a été de répondre à toutes les conditions fixées dans l'article 271 du Code civil. Pour cela, ils se sont inspirés des méthodes étudiées précédemment et ont ainsi retenu partiellement la réflexion sur la disparité causée de Stéphane David, l'approche multicritère de Dominique Martin Saint-Léon ou encore le principe de limitation de la prestation compensatoire à la capacité d'épargne maximale du débiteur ainsi que le calcul de cette capacité maximale.

**961.** La méthode proposée est alors multicritère. Les données recueillies pour calculer la prestation sont, dans un premier temps, quantifiables (en monnaie ou en temps). Sont ainsi pris en compte, dans un premier temps les revenus actuels des époux (revenus mensuels nets imposables du travail, rente d'invalidité sauf rente accident du travail, pensions alimentaires d'invalidité, RSA), et les contributions ou charge du ou des enfants. A partir de ces données, les auteurs de la méthode calculent le revenu mensuel des époux pondéré par la contribution à l'entretien et l'éducation des enfants ou charge d'enfants et déterminent la disparité des revenus des époux au moment du divorce. Cette disparité permet alors de définir une unité de base de la disparité (différence entre les revenus mensuels des époux multipliée par 0,6).

---

<sup>1663</sup> Bardout Jean-Claude et Lorthios Isabelle, « Nouvelle méthode de calcul de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2013 p. 693, Bardout Jean-Claude, Truche Sylvie, Lorthios Isabelle, Dupont Nathalie, « Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : un nouvel outil d'aide au calcul de la prestation compensatoire : la méthode « PilotePC », *AJ. Fam.* 2014 p. 541. Bardout Jean-Claude, Truche Sylvie, Lorthios Isabelle, Dupont Nathalie, « Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : Application de l'outil PilotePC », *AJ. Fam.* 2014 p. 544, Bardout Jean-Claude, « PilotePC, un outil collaboratif fondé sur la méthodologie des décisions multicritères pour aider avocats et juges à estimer le montant d'une prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 2015 n° 28 à 29, p. 4.

<sup>1664</sup> L'accès à cet outil est possible avec le mot de passe piloteptoulouse.

**962.** Les auteurs déterminent ensuite les revenus prévisibles des époux (en tenant compte des changements prévisibles comme une retraite) et essaient de déterminer ces revenus sur une période de huit années. Si aucune évolution n'est prévue pour les huit années suivant le divorce, cette étape n'est pas nécessaire. Si des évolutions sont prévues, alors ces nouveaux revenus doivent être pris en compte dans PilotePC qui calculera la moyenne des revenus sur cette période de huit années, ainsi que la différence des revenus moyens entre les conjoints après déduction de leurs contributions respectives pour les enfants.

**963.** Les revenus potentiels du patrimoine seront ensuite pris en compte au titre des revenus actuels et prévisibles. Les auteurs ont décidé que si l'un des époux a décidé de ne pas faire fructifier son patrimoine, ces revenus potentiels doivent être déterminés et entrer dans le calcul de la prestation compensatoire. Ils ont alors déterminé, en tenant compte de la situation économique actuelle, un taux de rendement forfaitaire de 3 % annuel ou 0,25 % mensuel. Le revenu potentiel du patrimoine propre sera ajouté au revenu moyen net de l'époux concerné pour obtenir un revenu mensuel net moyen corrigé, toutes ressources confondues.

**964.** Enfin, ce nouveau système de calcul prend en compte les critères personnels des époux : la durée du mariage, l'âge du créancier, le nombre d'années de cotisations pour la retraite ainsi que la capacité d'épargner des époux. Concernant la durée du mariage, la disparité objective calculée précédemment est multipliée par le nombre d'années de mariage ou de vie commune pendant le mariage.

**965.** Partant du constat que plus le conjoint créancier de la prestation est âgé, plus difficile sera sa reconversion professionnelle, la méthode d'estimation PilotePC tient compte de ce critère en multipliant l'unité de base de la disparité par un coefficient progressif. Ce coefficient augmente de l'âge légal du mariage (18 ans) à l'âge légal de la retraite (62 ans), puis il diminue à nouveau, car le capital compensatoire a vocation à diminuer avec l'espérance de vie.

**966.** En ce qui concerne les droits à la retraite, les auteurs ont choisi parmi les différentes méthodes d'estimation de la disparité des droits en matière de retraite (coût légal de rachat de trimestre et/ou de cotisation; calcul *in concreto* de la perte causée par l'absence de cotisation retraite pendant quelques années; estimation de l'économie réalisée par le couple du fait du non-paiement de cotisation retraite) la méthode du coût des cotisations non versées qui a été

considérée comme étant la plus réaliste en terme de réparation de la disparité. La méthode PilotePC permet ainsi d'évaluer l'économie réalisée par le couple du fait du non-paiement de cotisation retraite pour l'un des époux et estime le montant compensatoire spécifique de cette disparité qui viendra modifier le montant recommandé de la prestation compensatoire. Afin de calculer cette disparité, les époux devront produire un relevé de carrière et il sera tenu compte de tous les trimestres qui n'auront pas été cotisés par l'un des époux qui sera resté à la maison pour s'occuper des enfants. Le taux moyen de cotisation pour la retraite représente environ 17% du salaire net, ce qui correspond à deux mois de salaire net. Cette cotisation ayant été économisée par le couple, la compensation devra être de la moitié de ces sommes, soit 8,5 % du salaire, ce qui correspond à un mois de salaire net. Le calcul consiste donc à multiplier le salaire mensuel perçu avant la cessation du travail (ou le SMIC si pas d'activité) par le nombre d'années non travaillées.

**967.** Enfin, la capacité d'épargne des époux est prise en compte. Les auteurs se fondent alors sur les remarques de M. Axel Depondt pour estimer la capacité maximale d'épargne, qui elle-même a pu être calculée, tenant compte de l'impôt progressif, à un taux moyen de l'ordre de 30 %. Ils constatent que les méthodes d'estimation de la capacité d'endettement, mises en œuvre par les banques et établissements de crédit, conduisent aux mêmes résultats. La méthode PilotePC estime alors cette capacité maximale d'épargne à partir du revenu actuel du débiteur, diminué le cas échéant de la contribution aux frais d'éducation et d'entretien des enfants, pondéré selon le revenu prévisible et éventuellement les revenus potentiels du patrimoine non exploité.

**968.** Les auteurs de cette méthode laissent bien évidemment les avocats prendre en compte d'autres facteurs comme la santé d'un des conjoints.

**969.** A partir de tous ces éléments de calcul, les résultats suivants seront obtenus pour ce cas :

- Monsieur est né le 31 décembre 1958 et perçoit un salaire net mensuel imposable de 6 000 € ;
- Madame est née le 1<sup>er</sup> janvier 1960 et perçoit un salaire net imposable de 2 000 € ;
- Ils se sont mariés le 1<sup>er</sup> avril 1990
- L'ordonnance de non conciliation date du 1<sup>er</sup> octobre 2012 et la date du jugement est prévue en septembre 2014



- Ils ont deux enfants de 22 et 20 ans pour lesquels Monsieur verse une contribution à l'entretien de 1 400 € par mois.
- Dans ce cas, les époux n'ont pas de patrimoine.

Il ressort de l'outil développé par le groupe de travail que le montant estimé de la prestation compensatoire en faveur de Madame serait d'environ 45 000 €.

**970.** A l'instar des Mesdames Rollie et Rogerson, la volonté du groupe de travail est de diffuser et de faire tester cet outil par les praticiens du droit avant toute diffusion officielle. Ce groupe a avant tout un objectif pragmatique. Depuis, cette méthode a été présentée à la Cour d'appel de Toulouse et dans différentes instances et certains ont déjà comparé les résultats de cette méthode avec celles présentées antérieurement<sup>1665</sup>. Il en ressort que cette méthode est moins favorable que les autres<sup>1666</sup>. En juin 2015, lors du colloque du Haut Conseil de la Famille, la Garde des Sceaux a annoncé que cette méthode serait mise à disposition de tous<sup>1667</sup>. Toutefois, l'avenir nous dira si elle obtient la même adhésion en France que les lignes directrices au Canada et si elle prendra la place des autres méthodes mises à disposition dont la dernière en date apparue au début de l'année 2014, la méthode dite par ajustements.

### *β) La méthode par ajustements*

**971.** Cette méthode est le résultat des réflexions de Stéphane David, Béatrice Weiss-Gout, Stéphanie Travade-Lannoy et Héloïse Malherbe<sup>1668</sup>. Monsieur David avait déjà proposé différentes méthodes de calcul pour la prestation compensatoire antérieurement mais celles-ci pouvaient faire l'objet de critiques<sup>1669</sup>. Les auteurs sont alors partis de ces différentes critiques ainsi que de celles qui avaient pu être faites sur les premières méthodes présentées pour déterminer une nouvelle méthode de calcul. Parmi les critiques relevées, ils notaient alors la prise en compte insuffisante de la fiscalité, le fait de faire produire des revenus fictifs au patrimoine, le détournement de la durée de huit ans qui servait à calculer le montant final du capital alors qu'elle aurait dû servir de simple échelonnement du capital déterminé ou encore

<sup>1665</sup> Voir David Stéphane, « Les rendez-vous compensatoires de Stéphane David », *AJ Fam.* 2014, p. 43.

<sup>1666</sup> Avena-Robardet Valérie, « Observations : comparaison des résultats avec ceux obtenus avec la nouvelle méthode PilotePC », *AJ Fam.* 2014, p. 46.

<sup>1667</sup> Avena-Robardet Valérie, « La barémisation du droit de la famille se précise », *AJ Fam.* 2015, p. 359.

<sup>1668</sup> David Stéphane, Weiss-Gout Béatrice, Travade-Lannoy Stéphanie et Malherbe Héloïse, « Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : La méthode par ajustements », *AJ. Fam.* 2014 p. 526.

<sup>1669</sup> n°757 et s.

l'application de correctifs dits « obscurs » (capacité d'épargne, nombre de points par année,...) voire illogiques (le créancier plus âgé a droit à une prestation compensatoire plus importante mais est ce logique lorsque le créancier a 75 ans et donc une espérance de vie plus courte que celui de 60 ans...). Les auteurs ont aussi reproché à certaines propositions de souhaiter une parité absolue entre les époux, parité qui selon ces auteurs n'était pas toujours souhaitable.

**972.** Une nouvelle méthode a donc été élaborée par ces quatre auteurs. Elle prend tout d'abord en compte la nécessité d'ajuster les revenus des époux en considérant tant la nature de ces revenus que des charges incontournables. L'ajustement des revenus prend ainsi en considération les revenus aléatoires, primes ou autres, dont peuvent bénéficier les conjoints afin d'ajuster les revenus globaux des époux. Elle tend aussi à ajuster le patrimoine productif de revenus et à tenir compte tant de ce patrimoine que des revenus de ce dernier en adaptant toutefois la valeur du bien qui procure les revenus. Elle distingue également entre le patrimoine acquis avant le mariage et celui acquis pendant le mariage. En ce qui concerne le patrimoine acquis avant le mariage ou par succession, les auteurs ne prennent en compte que sa valeur d'usage et d'habitation car l'autre époux perd ce seul usage du fait du divorce. Les auteurs ont également mis en exergue la nécessité d'ajuster la valeur des biens en fonction de leur caractère plus ou moins disponible pour l'époux et ont mis en place des systèmes de décotes inspirées des décotes fiscales. Enfin, ils proposent d'ajuster le résultat final obtenu en fonction de l'avenir prévisible de la disparité entre les époux, c'est-à-dire en fonction de l'état de santé, de l'approche de la retraite, des sacrifices professionnels encore nécessaires pour les enfants,... Ils proposent ainsi soit un ajustement pour les revenus ou le patrimoines de + ou – 10% soit un ajustement global de + ou – 20% tant pour la disparité des revenus que celles des patrimoines.

**973.** Concrètement la méthode adoptée est alors la suivante :

- 1<sup>ère</sup> étape : calcul de la disparité des revenus :
- Dans un premier temps, le revenu réel des époux est calculé. Pour cela les auteurs prennent en compte tous les revenus des époux y compris ceux de leurs biens et ajustent le cas échéant les revenus professionnels en tenant compte des revenus aléatoires comme les primes et les dividendes. Dans ce cas ils effectuent une moyenne de ces revenus au cours des trois voire cinq dernières années. Ils adaptent aussi les

revenus en fonction de l'arrivée prochaine de la retraite d'un des conjoints et prennent alors en compte la baisse de revenus prévisible pour calculer un revenu moyen.

- Sont ensuite déduites du revenu calculé les charges légales ou judiciaires, c'est à dire les impôts, les pensions alimentaires dues, les charges exceptionnelles ou atypiques comme, par exemple, les coûts de maison de retraite dont doit s'acquitter l'un des époux pour un de ses parents. En revanche ne sont pas déduits les échéances d'un emprunt immobilier (envisagé plutôt comme un placement et déduit de la valeur nette du bien immobilier lors du calcul du patrimoine) ou le loyer dû par un époux.
- L'éventuelle différence entre les revenus des époux ainsi déterminés est ensuite calculée.
- 20% de cette disparité est retenue, ce qui conduit, pour les auteurs, à diminuer la disparité d'un peu moins de la moitié, ce qu'ils considèrent comme raisonnable.
- Cette disparité est ensuite capitalisée en appliquant le taux de conversion en capital d'une rente temporaire sur la durée du mariage ou d'une rente viagère lorsque le mariage a duré plus de vingt ans. Les auteurs se réfèrent alors au décret du 29 octobre 2004, décret qu'ils souhaiteraient voir actualisé.

- 2<sup>ème</sup> étape : calcul de la disparité des patrimoines :

- Tous les biens des époux sont pris en compte à l'exception des biens communs ou indivis. La valeur nette des biens est retenue et le cas échéant la valeur de la nue-propriété ou de l'usufruit lorsque seul celui-ci est détenu.
- Un ajustement est ensuite effectué en tenant compte de trois critères : origine du patrimoine ; caractère frugifère ou non du bien ; l'indisponibilité/l'illiquidité ou l'incessibilité du bien.

En ce qui concerne l'origine du bien, les auteurs proposent, pour les biens acquis avant le mariage ou reçu à titre gratuit, de retenir la valeur du droit d'usage et d'habitation sur ce bien soit 60% de la valeur de l'usufruit sur ce bien conformément au I de l'article 669 du Code général des impôts en fonction de l'âge de l'autre époux<sup>1670</sup>.

Concernant le caractère frugifère ou non d'un bien, lorsque le bien produit effectivement des revenus, sa valeur est prise en compte à hauteur de la valeur de la

---

<sup>1670</sup> Les auteurs citent alors l'exemple suivant : pour une résidence secondaire héritée par un époux de ses parents d'une valeur de 900 000 €, l'autre époux ayant 55 ans : 30% de la valeur de ce bien sera retenue soit 60% x 50%, 50% étant égal au correctif pour la valeur de l'usufruit lorsque le conjoint a 55 ans.

nue-propriété en fonction de l'âge du conjoint<sup>1671</sup>. Les revenus de ces biens seront pour leur part pris en compte dans la première étape, lors de la détermination de la disparité des revenus entre les époux. Si le bien a été acquis hors mariage ou reçu à titre gratuit, les auteurs ont décidé que sa valeur devra être considérée comme nulle, ses revenus étant toutefois pris en compte dans la première étape.

Enfin, en ce qui concerne le caractère indisponible, incessible ou « illiquidable » du bien, les auteurs ont choisi d'appliquer un ajustement inspiré des décotes fiscales et pratiquent ainsi une décote de – 30% lorsque l'immeuble est la résidence principale, la décote est de 20% pour un bien en indivision et de 15% pour des actions incessibles.

En pratique quatre cas d'ajustements éventuels, non cumulables et qui ne concernent ni les biens communs ni indivis par moitié, sont alors déterminés par les auteurs :

1. le bien acquis hors mariage ou à titre gratuit productif de revenus avec une valeur considérée comme nulle ;
2. le bien acquis hors mariage ou reçu à titre gratuit non productif de revenus pris en compte pour la valeur de son droit d'usage ou d'habitation ;
3. le bien acquis pendant le mariage productif de revenus pris en compte pour la valeur de sa nue-propriété ;
4. le bien acquis pendant le mariage non productif de revenus : ce bien ne fait en principe l'objet d'aucun ajustement sauf s'il est indisponible. Si c'est le cas les possibles décotes de 30, 20 et 15% pourront s'appliquer.

➤ Après ces ajustements et après avoir déduit l'éventuel passif des époux sur ce patrimoine, une différence entre les patrimoines pourra, le cas échéant, être déterminée.

➤ Les auteurs retiennent ensuite 1% de cette disparité par année de mariage, cette durée étant déterminée en fonction des années de vie commune des époux.

- 3<sup>ème</sup> étape : calcul de la prestation compensatoire

➤ La prestation compensatoire est calculée en ajoutant les deux « disparités » précédemment calculées.

---

<sup>1671</sup> Soit par exemple, 50% de la valeur du bien lorsque le conjoint a 55 ans.

- Un dernier ajustement peut intervenir en fonction de l'évolution prévisible de la disparité entre les époux. Il permet de prendre en compte des éléments plus subjectifs comme la capacité de payer d'un époux, son état de santé, les sacrifices personnels encore à venir pour les enfants,... L'ajustement pourra alors être de + ou - 10% sur une des disparités (patrimoniales ou des revenus) ou de + ou - 20% lorsqu'elle est globale. Elle pourra intervenir à la hausse comme à la baisse.

**974.** Cette nouvelle méthode de calcul, s'ajoute alors à celle présentée ultérieurement. Elle implique un nombre important de calculs et fait appel à des tables comme celle de calcul de l'usufruit sur un bien. Elle nous paraît alors beaucoup plus compliquée que celle mise en œuvre par les auteures canadiennes Thompson et Rogerson et étudiées précédemment.

**975.** Pour Me Piwnica<sup>1672</sup>, l'idéal serait d'avoir une méthode de calcul unique afin que chacun puisse s'y référer, mais que le calcul ne doit pas être trop strict pour pouvoir tenir compte des spécificités des affaires. Une méthode de calcul idéale est-elle alors envisageable ?

### **C. Un système idéal ?**

**976.** Dans les deux systèmes de droit français et canadien, les auteurs ont proposé des méthodes de calcul en se fondant sur des éléments objectifs pour fixer la prestation compensatoire en France ou la pension alimentaire au Canada. Ils ont ainsi pris comme critère la durée du mariage, l'âge du créancier voire le nombre d'enfants. Alors qu'au Canada une seule méthode a été proposée et est désormais bien acceptée, les différentes méthodes françaises, pour leur part, peuvent amener à des résultats très différents ainsi qu'ont pu le montrer M. Clerget et Mme Dessertenne-Brossard<sup>1673</sup>. Un système idéal est-il alors possible ?

**977.** A l'instar du groupe français d'avocats et de magistrats qui ont élaboré l'outil PilotePC, il nous apparaît nécessaire de mettre en place des méthodes de calcul qui si elles

---

<sup>1672</sup> Piwnica Dominique, « Évaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? », *AJ Fam.* 2013 p. 12.

<sup>1673</sup> Clerget Emmanuel et Dessertenne-Brossard Corinne, « Les errements du calcul de la prestation compensatoire », *JCP N* 2014, p. 1126.

peuvent paraître déshumanisées, nous semblent mieux s'approcher de l'idéal de calcul recherché que les méthodes empiriques proposées par M. David.

**978.** Au Canada, les auteurs ont également élaboré deux techniques de fixation selon qu'il y a ou non encore des enfants à charge à la suite du divorce. Cette distinction nous semble intéressante si nous acceptons le fait qu'il faille mettre en œuvre une indemnité pour la garde d'enfant. Cette indemnité peut ainsi être calculée sur le modèle de la formule avec pension alimentaire pour enfant canadienne afin de faire en sorte que le parent gardien, en cumulant ses revenus, la pension alimentaire pour les enfants et son indemnité pour les enfants, ait entre 40 et 46% des revenus individuels nets disponibles combinés des deux parents<sup>1674</sup>. Cette indemnité ainsi calculée serait versée pendant toute la période au cours de laquelle le conjoint aurait la garde de l'enfant et pourrait évidemment faire l'objet de révision en cas de modification des revenus et des situations des conjoints.

**979.** Nous avons posé le principe que la prestation compensatoire serait versée sous forme de capital, les lignes directrices proposées au Canada semblent donc inutiles en la matière puisqu'elles permettent de déterminer le montant d'une rente et non d'un capital.

**980.** Il serait toutefois possible d'utiliser la formule sans pension alimentaire pour enfant tout en l'adaptant. Un premier calcul aurait alors pour objet de déterminer une première fourchette variant de 1,5% à 2% de l'écart des revenus bruts des époux par année de mariage jusqu'à un maximum de 50%, ce calcul serait alors le même que celui qui serait utile pour déterminer le montant d'une rente si c'était une rente qui avait été octroyée. Afin de passer à ce calcul de rente à un calcul de capital, une possibilité serait de multiplier les deux extrémités de la fourchette par 12 puis par le nombre d'années de mariage. Ainsi plus le mariage aurait duré longtemps, plus le montant de la prestation compensatoire serait élevé ce qui correspondrait bien à l'idée que plus longtemps le choix fait par les époux, dans l'organisation de leurs rapports pécuniaires, aurait été appliqué pendant le mariage, plus élevée devrait être la compensation.

**981.** Exemple chiffré :

---

<sup>1674</sup> Voir n°712

- Durée du mariage : 20 ans
- Revenu de Monsieur : 2000
- Revenu de Madame : 1000

Ecart de revenu : 1000

Partie basse de la fourchette pour la prestation :

$[1\ 000 \times 1,5\% \times 20 \text{ (nombre d'années de mariage)} = 300 \text{ (si cela était versé sous forme de pension)}] \times 12 \times 20 \text{ (nombre d'années de mariage)} = 72\ 000$

Partie haute de la fourchette pour la prestation :

$[1\ 000 \times 2\% \times 20 = 400] \times 12 \times 20 = 96\ 000$

Madame pourrait donc recevoir entre 72 000 dollars/euros et 96 000 dollars/euros pour la prestation compensatoire.

**982.** Cette méthode a pour avantage de ne faire appel qu'aux revenus actuels des conjoints, sans qu'il soit nécessaire d'évaluer les revenus des conjoints au moment de la retraite.

**983.** Il est toutefois nécessaire de remarquer que cette méthode ne prend en compte que les revenus des époux et non leur patrimoine et ne prévoit pas la compensation de ceux-ci. Si l'on se place en droit québécois, la question de la disparité du patrimoine se pose rarement, la plupart des biens des conjoints étant inclus dans le patrimoine familial et donc partagé par moitié entre les époux, même lorsque ceux-ci sont mariés sous le régime de la séparation de biens. En revanche, la problématique peut être différente en France où un tel patrimoine n'existe pas. De plus, au Canada, les revenus nets des époux prennent déjà en compte les impôts versés par ceux-ci, l'impôt étant prélevé à la source, la problématique est donc différente par rapport à la France où les impôts ne sont souvent pas déduits des revenus nets des époux (et c'est ce que regrettaient d'ailleurs les quatre auteurs de la toute dernière proposition de méthode de calcul).

**984.** Il est donc nécessaire d'adapter cette méthode, en s'inspirant, par exemple de la toute dernière proposée. On pourrait ainsi pour la disparité entre les revenus des conjoints prendre en compte la méthode exposée ci-dessus tout en calculant un salaire net des époux diminué

des impôts à leur charge. En ce qui concerne la disparité des patrimoines, la méthode proposée par M. David et ses collègues, bien que compliquée paraît avoir été mûrement réfléchie. Seul le calcul de l'usufruit et des droits d'usage et d'habitation pourrait certainement être simplifié.

**985.** Toutefois, quelque soit la méthode adoptée, il sera nécessaire, à l'instar de ce qui a été fait au Canada, de l'éprouver auprès des professionnels du droit du divorce puis de la faire évoluer. Le projet PCPilote va dans ce sens, la méthode proposée par M. David et ses collègues pourrait faire l'objet de tests similaires.

**986.** Il est certain également que, quel que soit le mode de calcul retenu, ces lignes directrices, à l'instar des lignes directrices canadiennes, devraient être facultatives afin de laisser une marge d'appréciation aux juges, aux avocats mais aussi, et cela est essentiel, aux parties. De plus, elles ne devront s'appliquer, nous le répétons, qu'une fois que le principe même d'une prestation compensatoire sera établi.

**987.** Enfin, il sera également utile de prévoir la possibilité d'un capital renté en cas d'absence de capital suffisant du créancier au moment du divorce. La durée de versement devra, à l'instar du droit français, être limitée à une durée déterminée de huit ou dix ans afin de limiter les effets du divorce suite au prononcé de celui-ci.



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**988.** La mise en place de lignes directrices en matière de pension alimentaire pour enfant et de prestation compensatoire nous semble essentielle<sup>1675</sup>. Au Canada, les lignes facultatives ont prouvé leur utilité et sont aujourd'hui de plus en plus utilisées dans les provinces anglophones. Les tribunaux français, pour leur part, continuent à considérer que le montant de la prestation compensatoire doit être fixé en fonction des particularités de chaque situation et de leur évolution dans un avenir prévisible<sup>1676</sup> et à ne pas utiliser les méthodes proposées, perpétuant ainsi les différences. Loin de priver les juges de leur pouvoir discrétionnaire en la matière, des lignes directrices officielles leur permettraient de gagner du temps dans leur prise de décision et de pouvoir avoir un point de départ dans leur calcul. Elles auraient également comme conséquence une certaine unification de la jurisprudence et pallient aux différences existant entre les tribunaux dans ce domaine. Elles respecteraient l'égalité des justiciables et donnent une certitude et une accessibilité aux ex-époux qui souhaiteraient demander une prestation.

**989.** Instaurer de nouvelles obligations entre ex-conjoints avec des fondements déterminés et mettre en place des échelles de fixation pour certaines de ces obligations nous apparaît donc essentiel aujourd'hui pour pallier aux incertitudes de la jurisprudence. En France, une proposition a d'ailleurs été faite dans ce sens par deux sénateurs français en février 2014<sup>1677</sup> et le gouvernement français paraît en avoir tenu compte en annonçant la généralisation de la méthode PilotePC en juin 2015<sup>1678</sup>.

---

<sup>1675</sup> Un soutien à l'étude d'un barème pour les prestations compensatoires a d'ailleurs été exposé par le Haut Conseil de la Famille en 2014, Haut Conseil de la Famille dans son *Rapport sur Les ruptures familiales : état des lieux et propositions*, avril 2014, p. 123.

<sup>1676</sup> CA Bourges, 29 janvier 2015, com. de Binet Jean-René, *Dr. Fam.* Avril 2015, com. n°66, Casey Jérôme et David Stéphane, « Méthode de calcul de la prestation compensatoire », *AJ. Fam.* 2015 p. 286.

<sup>1677</sup> Tasca Catherine et Mercier Michel, *Sénat – Rapport d'information n° 404 – Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, février 2014.

<sup>1678</sup> Avena-Robardet Valérie, « La barémisation du droit de la famille se précise », *AJ Fam.* 2015, p. 359.

## CONCLUSION DU TITRE I

990. Les fondements ont évolué, les législateurs et les tribunaux ont adapté les institutions au fur et à mesure de ces évolutions sans pour autant les repenser totalement. Nous avons donc tenté de proposer de nouvelles institutions, plus adaptées aux fondements du droit du divorce et à la société actuels. Même si ces institutions sont plus nombreuses que celles existant antérieurement, elles nous paraissent plus à même de répondre aux attentes des juristes mais aussi du grand public. Elles ont pour objectif de réparer, compenser mais aussi d'aider les ex-conjoints qui en ont le plus besoin. Toutefois, et en particulier dans le cas de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints, ces nouvelles institutions et obligations doivent-elles être d'ordre public et les conjoints doivent-ils se soumettre à la seule volonté du juge en la matière ? Notre société étant fortement marquée par l'individualisme et la liberté des individus, peut-on alors obliger les parties à se soumettre à la décision du juge et du droit et à l'un des époux de verser une pension alimentaire à son ex-conjoint. Quelle place peut avoir la volonté des ex-époux et donc la contractualisation dans le cadre des règlements pécuniaires entre conjoints ?

## **TITRE II : QUELLE PLACE POUR LA CONTRACTUALISATION DANS LES REGLEMENTS PECUNIAIRES ENTRE EX-EPOUX ?**

**991.** Selon Mme Serverin, en droit, « le terme « contractualisation » est employé pour décrire un certain nombre de techniques qui font appel au contrat là où prévalent à un moment donné d'autres formes juridiques »<sup>1679</sup>. Ces autres formes juridiques sont généralement des institutions légales encadrées par le droit, des statuts prévus légalement et ce contrat vient progressivement les remplacer.

**992.** Que l'on parle de « contractualisation du droit » ou de « l'émergence du droit issu de l'autonomie privée », le phénomène semble aujourd'hui présent tant dans le droit que dans la société et fait l'objet d'études des deux côtés de l'Atlantique<sup>1680</sup>.

**993.** Bien que l'idée d'une évolution de la place du contrat dans le droit et dans la société ne soit pas récente et avait déjà été envisagée par Durkheim et Spencer<sup>1681</sup>, ce n'est qu'à partir des années soixante-dix que le mouvement de contractualisation du droit et de la société s'est vraiment développé. On considère que cette évolution récente est liée à un changement de la conception de la place de l'Etat. Ainsi tant que l'Etat conservait sa place d'Etat providence, la liberté des particuliers en matière conventionnelle était plus restreinte. Les années soixante-dix et les deux crises économiques qui sont intervenues à cette époque, ont marqué le début de la diminution progressive de l'influence de cet Etat providence et de l'accroissement de la liberté laissée aux individus de réguler leurs relations. A cette première explication peuvent en être ajoutées deux autres<sup>1682</sup>. La première est que l'Etat a tendance à renoncer dans certains domaines à imposer des règles et laisse les particuliers imposer les leurs, se limitant alors ensuite à les entériner. La seconde est qu'aujourd'hui la réalité est envisagée comme plus

---

<sup>1679</sup> Serverin Evelyne, « Introduction. Contexte et implicite de l'emploi du terme « contractualisation », dans *Approche critique de la contractualisation*, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 95.

<sup>1680</sup> Voir en particulier le travail effectué sous la direction de Mme Sandrine Chassagnard-Pinet et M. David Hiez avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice qui a, entre autres, abouti à la publication de deux ouvrages, *Approche critique de la contractualisation*, Ed. LG.D.J., 2007 et *Approche renouvelée de la contractualisation*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007. Voir également les travaux effectués par la Professeure Christelle Landheer-Cieslak sur l'émergence du droit issu de l'autonomie privé et en particulier ses articles parus dans les Cahiers de droit 2006, « Présentation : le droit sans la loi ? », (2006) 47 *C. de D.* 619 et « Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623. Voir également Cumyn Michelle, « La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social », (2006) 47 *C. de D.* 677.

<sup>1681</sup> Voir Chassagnard-Pinet Sandrine, « Introduction », dans *Approche critique de la contractualisation*, LG.D.J., 2007, p. 7.

<sup>1682</sup> Christelle Landheer-Cieslak, « Présentation : le droit sans la loi ? », (2006) 47 *C. de D.* 619, p. 619.

flexible et incertaine et que la régulation privée plus souple apparaît alors plus adaptée à cette nouvelle réalité que la réglementation étatique plus stricte.

**994.** Le phénomène de contractualisation qui s'est progressivement développé dans les relations entre l'Etat et les particuliers ou les entités privées s'est étendu à tous les domaines du droit et de la société. On parle alors de contractualisation tant en procédure pénale qu'en droit des sociétés<sup>1683</sup> ou de l'environnement<sup>1684</sup>. La contractualisation intervient également plus généralement dans toute la société et est aussi un des grands sujets d'études des économistes<sup>1685</sup>.

**995.** Elle semble ainsi concerner tous les domaines du droit et de la société et un des derniers domaines où elle s'est immiscée est celui de la famille. On a ainsi vu, par exemple, apparaître le « contrat de responsabilité parentale »<sup>1686</sup> passé entre les parents et le président du Conseil général pour encadrer l'éducation de certains adolescents. De même, le droit de la famille qui relevait traditionnellement de l'institution, s'est en effet fortement contractualisé. Cette faveur grandissante donnée à la contractualisation dans le droit de la famille<sup>1687</sup> (chapitre I) pose la question de savoir si on est face à une véritable contractualisation (chapitre II) ou si le terme « contractualisation » n'est qu'un abus de langage. Si on reconnaît que de véritables contrats régissent les relations familiales, quelle place devra-t-on alors leur accorder dans le cadre des effets pécuniaires du mariage repensés ? Toute liberté doit-elle être laissée aux ex-époux ? (chapitre III)

## **Chapitre I : Une « contractualisation de plus en plus présente »**

## **Chapitre II : Une véritable contractualisation**

---

<sup>1683</sup> Voir Ancel Pascal, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », dans *Approche renouvelée de la contractualisation*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 15.

<sup>1684</sup> Voir Cumyn Michelle, *op. cit.*

<sup>1685</sup> Postel Nicolas, « Contrat, coercition et institution : un regard d'économiste », dans *Approche critique de la contractualisation*, LG.D.J., 2007, p. 69.

<sup>1686</sup> Le contrat de responsabilité parentale intervenait en cas de troubles portés au fonctionnement de l'établissement scolaire ou d'absentéisme scolaire grave. D'une durée de six mois, il obligeait les parents à s'engager en ce qui concerne le comportement de l'enfant, leur rappelait leurs devoirs et leur proposait des mesures d'aides et d'actions sociales. En cas de refus des parents de le signer ou si ils ne respectaient pas leurs obligations, le président du conseil général (conseil du département) pouvait demander, sous certaines conditions, la suspension de tout ou partie du versement des prestations familiales, voir le décret n°2006-1104 du 1<sup>er</sup> septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale, art. R. 222-4-1 du Code de l'action sociale et des familles. Ce dispositif a été abrogé par la Loi n° 2013-108 du 31 janvier 2013.

<sup>1687</sup> Voir Fenouillet Dominique et de Vareilles-Sommières Bernard (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

### **Chapitre III : Une contractualisation des conséquences pécuniaires du divorce nécessaire mais encadrée**

#### **CHAPITRE I : UNE « CONTRACTUALISATION DE PLUS EN PLUS PRESENTE »**

**996.** Malgré les revendications de liberté individuelle et d'égalité soutenues par les révolutionnaires<sup>1688</sup> et leur volonté de s'affranchir de toute contrainte étatique, le droit français de la famille a longtemps été fortement encadré par l'Etat et le droit. Peu de place avait été laissée, dans ce domaine, à la liberté individuelle et à la possibilité pour les membres de la famille de passer des contrats entre eux et l'adoption du Code civil français marque même une véritable « restauration de l'autorité » de l'Etat<sup>1689</sup>. Le droit québécois avait également suivi cette tendance en raison, en particulier, de ses liens avec le droit français mais également par le fait que cela correspondait mieux à la société de l'époque et au fait que le modèle prédominant devait être le mariage dans lequel la femme et les enfants devaient obéissance au mari et au père. Pourtant, l'idée de contrat en droit de la famille et dans les relations familiales était loin d'être absente. Elle se posait en particulier dans les deux droits en ce qui concernait la principale institution du droit de la famille : le mariage. Aujourd'hui, cette contractualisation s'étend à tout le droit de la famille (section I) ainsi que, plus particulièrement, au droit du divorce et aux conséquences de celui-ci (section II).

#### **SECTION I : LA FAVEUR DONNEE A LA CONTRACTUALISATION DANS LE DROIT DE LA FAMILLE EN GENERAL**

**997.** Traditionnellement la question de contractualisation se posait dans le cadre du mariage, institution de base du droit de la famille (I). Désormais, le phénomène de contractualisation, s'étend à tous les domaines de ce droit et en particulier à des secteurs qui jusqu'à présent étaient fortement marqués par l'influence de l'Etat et l'absence de liberté laissée aux particuliers, le droit de la filiation et les relations parents – enfants (II).

---

<sup>1688</sup> Bénabent Alain, « La liberté et le mariage », *RTDCiv.* 1973 p. 440.

<sup>1689</sup> Voir Lefebvre-Teillard Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, n°144, p. 196.

## § 1. UNE CONTRACTUALISATION PLUS TRADITIONNELLE : LE MARIAGE

998. La question du lien entre le mariage et le contrat n'est en effet pas nouvelle<sup>1690</sup> et tant les auteurs français<sup>1691</sup> que, par la suite les auteurs québécois<sup>1692</sup>, se sont posé la question de la nature du mariage : contrat ou institution. Aujourd'hui, pour les auteurs québécois, le mariage est une institution qui tire son origine du contrat<sup>1693</sup>, le « mariage source » étant un contrat, le « mariage état » une institution<sup>1694</sup> même si M. Roy plaide pour sa part pour une contractualisation complète du mariage<sup>1695</sup> et propose ainsi que les époux règlent l'intégralité des conséquences de leur union, aussi bien personnelles que patrimoniales, par le biais de conventions.

999. En droit français, la doctrine dominante continue également à voir dans le mariage tant un contrat qu'une institution<sup>1696</sup>. Néanmoins, il semble qu'actuellement on assiste à la reconnaissance d'une véritable contractualisation du mariage voire tout simplement du mariage comme un simple contrat. C'est en particulier la position de M. Lécuyer qui souhaite que, face au PACS, on revalorise la nature contractuelle du mariage<sup>1697</sup>. Cette dernière semble d'ailleurs renforcée par le fait qu'aujourd'hui le mariage n'est plus la seule forme de couple possible. Outre le mariage et le concubinage, les partenaires peuvent également choisir de se pacser, en France, ou conclure une union civile au Québec. Ces nouvelles formes

---

<sup>1690</sup> Même si il est intéressant de constater qu'elle ne se posait pas sous l'ancien droit et au lendemain de l'adoption du Code civil. Lors de l'adoption de ce Code, on considérait qu'il s'agissait d'un contrat, du plus saint et du plus sacré des contrats, mais, d'un contrat. La controverse mariage/contrat – mariage/institution est née à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Voir Basdevant-Gaudemet Brigitte, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », dans *La contractualisation de la famille* sous la direction de Fenouillet Dominique et De Vareilles-Sommières Pascal, Ed. Economica, 2001, p. 17 et s. Voir également David Stéphane, *La prestation compensatoire*, Thèse dactylographiée, Université Paris XII, Val de Marne, 2001, n°181 p. 144 et s.

<sup>1691</sup> Voir Carbonnier Jean, Droit civil, Tome 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, PUF, 2002, p. 393, Hauser Jean et Huet-Weiller Danièle, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1993, p. 13, Leveneur Laurent, *Leçons de droit civil, Traité Mazeaud, la famille, mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, 1995, Ed. Montchrestien, p. 50 et s.

<sup>1692</sup> Voir Pineau Jean, *La Famille, Le droit applicable au lendemain de la « loi 89 »*, Ed. Presses de l'Université de Montréal, 1983, n°21 et s. p. 15 et s., Ouellette Monique, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 1995, p. 10, Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *op. cit.* p. 16.

<sup>1693</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *op.cit.*, 16, Pineau Jean et Pratte Marie, *La Famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 29 et s.

<sup>1694</sup> Ouellette Monique, *op. cit.* p. 10.

<sup>1695</sup> Roy Alain, *Le contrat de mariage réinventé, Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Ed. Thémis, 2002.

<sup>1696</sup> Voir par exemple Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 51 ou encore Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°129, p. 69. Selon ces derniers auteurs, le mariage est « un statut légal qui s'impose à ceux qui l'ont choisi »

<sup>1697</sup> Voir Lécuyer Hervé, « Mariage et contrat », *La contractualisation de la famille* sous la direction de Fenouillet Dominique et De Vareilles-Sommières Pascal, Ed. Economica, 2001, p. 57 et s.

d'union, et en particulier le PACS français, ont un caractère fortement contractuel<sup>1698</sup> et le mariage ne serait alors plus qu'une option parmi les autres, qu'une forme de vie conventionnelle entre les autres, et son choix relèverait alors de la liberté des époux.

**1000.** L'idée de mariage-contrat est également renforcée par la notion de contrat de mariage. La liberté contractuelle s'est aussi développée pour les époux dans ce domaine car, s'ils ont été libres, depuis l'adoption des deux Codes civils, de déterminer le type de régime qui leur convient le mieux, ils peuvent désormais le modifier comme ils le souhaitent ce qui n'était pas le cas antérieurement. Cette liberté de modifier leur régime matrimonial est apparue dès 1969<sup>1699</sup> au Québec mais il a fallu attendre la réforme du droit des successions de juin 2006<sup>1700</sup> pour que les époux français obtiennent plus de liberté en la matière et puissent modifier leur régime matrimonial, dans certaines conditions et en particulier en l'absence d'enfant, sans avoir à s'adresser à un juge<sup>1701</sup>. On est alors passé en droit français d'un principe de mutabilité limitée à une mutabilité plus large du régime matrimonial.

**1001.** La contractualisation paraît donc s'être fortement développée dans le cadre du droit du mariage et plus généralement du couple qui peut décider de se marier ou d'adopter des formes d'union considérées comme plus contractuelles comme le PACS<sup>1702</sup>. Aujourd'hui elle ne se limite toutefois plus à des situations qui concernent les deux conjoints mais intéressent également le sort des enfants et s'introduit alors dans un domaine qui était jusque-là fortement marqué par l'ordre et l'intérêt public : le droit de la filiation et des relations parents – enfants.

## **§ 2. UNE CONTRACTUALISATION PLUS RECENTE : LA FILIATION ET LES RELATIONS PARENTS-ENFANTS**

**1002.** Jusqu'à récemment, il n'était pas rare que la filiation d'un enfant dépende de la volonté de ses parents et qu'un accord entre ceux-ci ait pour conséquence que les parents

---

<sup>1698</sup> Pansier Frédéric-Jérôme, « De la contractualisation de droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », *Gaz. Pal.* 6 mars 1999, Doctrine p. 287.

<sup>1699</sup> Loi concernant les régimes matrimoniaux, L.Q. 1969, c. 77.

<sup>1700</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>1701</sup> Voir pour les conditions de modification du régime matrimonial : art. 1397 C.civ., Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015, n°241 et s., p. 173 et s.

<sup>1702</sup> L'article 515-1 du Code civil définit le PACS comme « un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune », définition qui est régulièrement reprise par les tribunaux comme par la Cour d'appel de Paris, CA Paris, 9 novembre 2006, *Dr. Fam.* février 2007, com. 30 p. 25, obs. Larribau-Terneyre Virginie.

légaux, généralement le père, ne correspondent pas aux parents biologiques. Les reconnaissances de complaisances françaises sont certainement l'exemple type de situation où la filiation paternelle de l'enfant dépend entièrement de la volonté de l'homme qui le reconnaît et de la mère biologique qui le laisse faire. Ces filiations conservaient, bien qu'elles soient contraires à la vérité biologique, une certaine crédibilité et pouvaient paraître tout à fait vraisemblables pour les tiers. Toutefois le législateur se limitait à les tolérer, et l'ordre public en matière de filiation hors mariage privilégiait la vérité biologique et, secondé de la jurisprudence, avait prévu en droit français des actions en contestation de paternité.

**1003.** L'apparition de la procréation médicalement assistée a donné la possibilité aux parents de déterminer librement et légalement qui seraient les parents légaux de l'enfant en écartant également légalement le donneur, soit le parent biologique de l'enfant. En France, le législateur a toutefois fortement encadré la filiation issue d'une procréation assistée de façon à ce que celle-ci apparaisse la plus proche possible de ce qui serait la réalité biologique. Ainsi seuls les couples mariés ou vivants en concubinage peuvent bénéficier d'une telle procréation médicalement assistée<sup>1703</sup>, les parents de l'enfant au plan légal seront les membres de ce couple et leur filiation ne pourra être contestée<sup>1704</sup>. Dans ces cas, de même que lors d'une reconnaissance de paternité, le consentement des parents est essentiel. Pour autant, la contractualisation n'est certainement pas parfaite et si le consentement des deux parents est fondamental, il n'est qu'un élément déclencheur et ses effets sont très encadrés. Le législateur français a en effet voulu équilibrer l'intérêt des parents et celui de l'enfant et tant les méthodes de procréation que les effets de la filiation, et en particulier le fait qu'elle soit incontestable, sont encadrés.

**1004.** Le Québec a eu une vision plus large de la filiation des enfants nés d'une procréation médicalement assistée dès l'adoption du nouveau Code civil du Québec en 1994. Il a en effet fait prévaloir le projet parental sur la réalité biologique. Au Québec une femme seule ou des conjoints peuvent décider d'avoir un enfant en ayant recours à des « forces génétiques d'une personne » qui n'est pas partie à ce projet parental<sup>1705</sup>. En 2002, avec la loi instaurant l'union civile<sup>1706</sup>, le Québec a franchi un pas supplémentaire vers la

---

<sup>1703</sup> Art. 2141-2 Code de la santé publique.

<sup>1704</sup> Art. 311-20 C.civ.

<sup>1705</sup> L.Q. 2002, c. 6.

<sup>1706</sup> Voir l'article 538 du Code civil du Québec : « Le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu'une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d'avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques



contractualisation de la filiation et la liberté laissée à la volonté individuelle de déterminer la filiation de l'enfant en instaurant la coparentalité et l'homoparentalité. Désormais, un couple homosexuel peut décider d'avoir un enfant et celui-ci aura alors légalement deux pères (par le biais de l'adoption) ou deux mères (avec la procréation médicalement assistée). Dans les deux cas le ou les parents biologiques ne pourront être recherchés et l'établissement de la filiation dépend alors véritablement de la seule volonté des deux membres du couple homosexuel. Le législateur lors de l'adoption de cette loi, comme nous le font remarquer M. Pineau et Mme Pratte<sup>1707</sup>, a considéré que cette possibilité de coparentalité devait être instaurée au nom de l'intérêt de l'enfant. De nombreux enfants vivant déjà au sein de couples homosexuels<sup>1708</sup>, il était nécessaire de les protéger et de faire en sorte que les personnes qui s'en occupent, soit deux pères ou deux mères, soient légalement leurs parents. Toutefois avec cette loi, le législateur s'est totalement et certainement détaché de la vérité biologique ou, du moins, d'un semblant de réalité biologique, avec un homme et une femme comme parents. Elle n'est pas non plus respectée lorsque, nous l'avons vu, le projet peut être établi par une femme seule et la filiation juridique sera établie à l'égard seulement de celle-ci, l'établissement de la filiation ne pouvant pas ce faire à l'égard d'un autre parent. La filiation juridique sera alors dans ce cas en quelque sorte unilatérale et va à l'encontre de la filiation biologique issue d'un homme et d'une femme. Plus que l'intérêt de l'enfant, c'est l'intérêt des adultes et le droit à l'enfant qui a été pris en considération, le législateur ayant laissé la possibilité de transiger sur la filiation de l'enfant<sup>1709</sup>. Même si elle a été adoptée à l'unanimité et dans l'indifférence quasi générale dans la société<sup>1710</sup>, cette loi qui donne toute liberté à la volonté des parents a été vivement

---

d'une personne qui n'est pas partie au projet parental ». Voir également pour un historique de cette loi et des circonstances qui l'entouraient Goubau Dominique, « Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne », *Dr. Fam.* Juillet 2013, chronique n° 34. Voir l'analyse de Murat Pierre, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », dans les *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Ed. Lexis Nexis – Dalloz, 2012, p. 422.

<sup>1707</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°389 p. 594. Voir également Roy Alain, « La filiation homoparentale : esquisse d'une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfance, Famille, Générations*, <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html>.

<sup>1708</sup> Ces enfants étaient alors soit adopté par un seul des membres du couple homosexuel, soit né d'une des mères lesbiennes qui s'était faite inséminée artificiellement.

<sup>1709</sup> Voir le très intéressant et complet article de Kirouack Marie Christine, « Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, 2005, p. 369. On est même allé au-delà de la bi-parenté au Canada avec l'entrée en vigueur en Colombie Britannique de la loi sur le droit de la famille le 18 mars 2013, *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25. Cette loi permet alors la mise en œuvre de la « triparenté » voire même la « quinquarenté » dans des cas extrêmes puisque sont considérés comme parents conformément à la 3<sup>ème</sup> partie de cette loi dans le cadre d'une procréation assistée : les deux parents qui ont souhaité avec l'enfant (parents par intention, « intended parents »), le donneur de sperme et/ou la donneuse d'ovule ainsi que la mère porteuse, voir *JP Boyd on Family Law*, May 2013, Clicklaw Wikibooks, p. 431.

<sup>1710</sup> Voir Goubau Dominique, « Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne », *Dr. Fam.* 2013, juillet 2013, dossier 34.

critiquée par certains auteurs qui lui reprochent avant tout d'avoir été adoptée rapidement et sans qu'une réflexion de fond sur la nature de la filiation n'ait été effectuée<sup>1711</sup>. Elle s'inscrit également dans un phénomène récent, propre à l'Amérique du Nord, quoique critiqué au Québec<sup>1712</sup>, (l'Europe, et plus particulièrement la France limitent effectivement encore largement l'utilisation de ces pratiques), qui est de laisser aux parents la liberté de déterminer avec les « nouvelles technologies de reproduction humaine » tant la conception que le « design »<sup>1713</sup> de l'enfant<sup>1714</sup>. L'enfant devient alors l'objet des désirs de ses parents et le législateur leur laisse toute liberté pour déterminer comment il sera, à qui il ressemblera, et quel type de filiation il aura. Les parents semblent donc avoir au Québec plus de liberté quant au type de filiation qu'ils veulent choisir pour l'enfant qu'en France. Toutefois, dans les deux pays, même si les types de filiation sont divers, ils sont encadrés et la volonté des parents est plus un acte déclencheur qu'une véritable contractualisation, les parents n'ayant pas une liberté totale mais le choix entre des types de filiation existants. En revanche, il apparaît qu'aujourd'hui la contractualisation s'imisce dans le cadre de l'autorité parentale.

**1005.** En France, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale<sup>1715</sup> a opéré un changement que MM. Hauser et Delmas Saint-Hilaire qualifient de symbolique<sup>1716</sup>. En effet, depuis l'adoption de cette loi, les parents, mariés ou non, peuvent passer des conventions relatives à l'autorité parentale et à l'obligation d'entretien de leur enfant, conventions qu'ils feront ensuite homologuer par le juge<sup>1717</sup>. Cette possibilité de passer une convention entre les

---

<sup>1711</sup> Voir, en particulier, Joyal Renée, « La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut vers l'inconnu, Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans *L'union civile, Nouveaux Modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Sous la direction de Lafond Pierre-Claude et Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 307 ; Philips-Nootens Suzanne et Lavallée Carmen, « De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans *L'union civile, Nouveaux Modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Sous la direction de Lafond Pierre-Claude et Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 337.

<sup>1712</sup> Voir en particulier les recommandations de la Commission de l'éthique, de la science et de la technologie du Québec qui considère que les catalogues (voir note suivante) et la détermination de plus en plus poussée des caractéristiques de l'enfant constituent des pratiques inacceptables et « une instrumentalisation de l'enfant à venir », Commission de l'éthique, de la science et de la technologie, *Avis Ethique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestion pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Gouvernement du Québec, 2009, p. XXIV

<sup>1713</sup> Avec en particulier la possibilité de choisir sur des catalogues le donneur de sperme en fonction de la couleur de ses yeux, ses capacités intellectuelles,...

<sup>1714</sup> Voir Kirouack Marie Christine, *op. cit.*, p. 375.

<sup>1715</sup> Loi 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>1716</sup> Hauser Jean et Delmas Saint-Hilaire Philippe, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entre dans le champ contractuel ? », *Rép. Def.* 2005, art. 38115 p. 357.

<sup>1717</sup> Art. 373-2-7 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ».

parents est en particulier ouverte dans le cadre de la séparation des parents et reflètent l'idée de favoriser un « exercice consensuel » de l'autorité parentale<sup>1718</sup>.

**1006.** En droit canadien, les ententes relatives aux aliments et à la garde des enfants sont également possibles lors du divorce des conjoints<sup>1719</sup>. Si le juge doit en principe se conformer en matière de pension alimentaire pour enfants aux lignes directrices fixées au niveau fédéral et au niveau provincial, il peut s'en écarter s'il considère que l'entente passée entre les parents est dans l'intérêt de l'enfant<sup>1720</sup>. Le tribunal vérifiera si l'intérêt de l'enfant est préservé.

**1007.** Le droit de la famille subit donc actuellement une forte contractualisation et ceci même dans des domaines où originellement l'ordre public dominait et les individus n'avaient que peu de latitude ainsi que cela était le cas avec le droit de la filiation. Cette contractualisation générale se retrouve alors également dans le cadre du droit du divorce.

## SECTION II : LA CONTRACTUALISATION DU DROIT DU DIVORCE EN PARTICULIER

**1008.** Lors de la réintroduction du divorce par la loi Naquet en 1884, le droit de divorcer avait été très limité. Jusqu'en 1975 seul le divorce pour faute était accepté et aucun accord entre les conjoints n'était toléré même si officieusement certains époux s'entendaient pour divorcer et créaient de fausses preuves<sup>1721</sup>. Au Québec, la situation était encore plus stricte puisque jusqu'en 1968, le divorce n'était pas permis et on privilégiait, pour des raisons religieuses, le mariage qui durait toute la vie des conjoints<sup>1722</sup>. La seule possibilité pour les conjoints québécois était, rappelons-le, de s'adresser au parlement pour obtenir le divorce par le biais d'une loi privée. Les accords entre les époux, de même qu'en France, étaient rejetés.

**1009.** L'évolution actuelle du droit du divorce tend à aller dans le sens d'une contractualisation accrue des causes de divorce et ce phénomène contribue par ailleurs à

---

<sup>1718</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°1557 p. 610.

<sup>1719</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. PUL, 2005, p. 470, Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°296 pp. 360-361.

<sup>1720</sup> Article 15.1 (5)a) de la *Loi sur le Divorce*.

<sup>1721</sup> Pratique qui n'aurait pas totalement disparu selon le doyen Carbonnier, Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, PUF, 2002, p. 554.

<sup>1722</sup> Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 437.

renforcer la vision du mariage comme un simple contrat. Ce sont tout d'abord les causes mêmes de divorce qui ont amené à constater une telle évolution (I) puis cette contractualisation s'est étendue aux conséquences de ce divorce (II).

## § 1. LA CONTRACTUALISATION DES CAUSES DE DIVORCE

**1010.** L'apparition, avec la réforme du droit du divorce français de 1975, du divorce sur requête conjointe en droit français constitue une évolution essentielle en la matière. Avec ce divorce, deux époux qui sont d'accord pour divorcer, peuvent demander le divorce sans donner la cause de leur séparation au juge en préparant simplement une convention réglant l'intégralité des conséquences de leur divorce. Même si le contrôle judiciaire est toujours présent pour s'assurer de la volonté des parties à divorcer et de l'équité de la convention, ce type de divorce sur *mutuus disensus* contribue à développer la contractualisation du droit du divorce tout en renforçant la notion de mariage simple contrat. De plus, avec la réforme du 26 mai 2004, le divorce demandé par l'un et accepté par l'autre a été modifié. Alors qu'antérieurement les parties devaient présenter des mémoires présentant des faits émanant des deux conjoints et qui rendaient intolérable le maintien de la vie commune<sup>1723</sup>, aujourd'hui, avec le divorce accepté, les parties doivent seulement prouver qu'elles sont d'accord sur le principe du divorce sans avoir à préciser les faits à l'origine de ce divorce. L'objectivation de ce divorce a alors contribué à une contractualisation accrue de celui-ci et désormais l'accord des parties sur le fait de divorcer, et donc dans une certaine mesure le contrat dans lequel chacun des époux s'engage à divorcer, est fondamental dans deux types de divorce en France<sup>1724</sup>.

**1011.** La situation n'est pas tout à fait la même au Canada. Dans le cadre de la réforme de 1985, le législateur a cherché à faire disparaître la faute comme cause de divorce et a mis en œuvre un divorce pour cause objective. Aujourd'hui, les époux canadiens qui souhaitent divorcer doivent invoquer l'échec du mariage et, pour cela, prouver soit qu'ils sont séparés depuis un an soit que l'un des époux a commis l'adultère ou fait subir à l'autre des actes de cruauté physique ou mentale qui rendent la vie commune intolérable<sup>1725</sup>. La faute

---

<sup>1723</sup> Anc. art. 233 C.civ.

<sup>1724</sup> Pour MM. Fulchiron et Malaurie, cette objectivation a aussi pour conséquence un appauvrissement du mariage avec le fait que l'un des conjoints peut imposer le divorce à l'autre. Voir Fulchiron Hugues et Malaurie Philippe, *op. cit.* n° 666, p. 281.

<sup>1725</sup> Art. 8(2) de la *Loi sur le divorce*.

conservant alors une certaine importance, peut conduire au divorce et rappelle ainsi la possibilité de remise en cause du contrat en cas de faute de l'un des cocontractants.

**1012.** De même la preuve de la séparation d'un an comme preuve de l'échec du mariage n'est pas sans rappeler le divorce français pour altération définitive du lien conjugal avec deux ans de séparation et donc la résiliation unilatérale. Toutefois, le droit canadien continue de refuser, textuellement<sup>1726</sup>, que les époux s'accordent entre eux pour demander un divorce sur requête conjointe<sup>1727</sup> et considère même comme des fins de non-recevoir la collusion ou la connivence des époux qui pourraient les amener indirectement à obtenir un divorce sur requête conjointe. Néanmoins, dans les faits, les époux peuvent décider de se séparer, demander le divorce et attendre que le délai d'une année soit écoulé pour obtenir son prononcé. En effet, la séparation doit exister au moment de l'introduction de la demande de divorce et doit avoir duré au moins un an au jour du prononcé de la décision sur l'action en divorce. Les époux québécois ont la possibilité de faire une demande conjointe en divorce sur projet d'accord. Les époux devront alléguer et prouver le motif de divorce. Toutefois en ce qui concerne les motifs impliquant la faute de l'un des conjoints comme l'adultère ou la cruauté mentale, seul le conjoint fautif pourra formuler cette demande dans la procédure<sup>1728</sup>.

**1013.** Le droit français va alors plus loin que le droit canadien dans la contractualisation du droit du divorce en admettant dès le départ et clairement un divorce sur requête conjointe et certains auteurs québécois, à l'instar de M. Roy, souhaiteraient qu'un tel divorce sur consentement mutuel soit aussi adopté au Canada<sup>1729</sup>.

**1014.** Cette contractualisation des causes de divorce, et en France, l'adoption du divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal, a eu pour conséquence une contractualisation des effets du divorce. En effet, les époux pouvant choisir de divorcer par

---

<sup>1726</sup> Voir Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°278 p. 325.

<sup>1727</sup> Art. 11(1) L.D., voir également Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 472.

<sup>1728</sup> Voir Lalonde Christiane, « Chapitre XIII - Les aspects procéduraux » dans *Volume III - Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2014-2015, Ecole du Barreau du Québec, 2014 p. 529. Toutefois dans la décision *Droit de la famille – 3322*, la Cour supérieure a reconnu la possibilité pour des conjoints qui présentent une demande conjointe d'alléguer un motif de faute, dans la mesure où un seul le conjoint fautif formule cette demande dans la procédure, *Droit de la famille – 3322*, REJB 1999-12372 (C.S.)

<sup>1729</sup> Roy Alain, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, Ed. Thémis, 2002, p. 287.

consentement mutuel, il apparaissait normal qu'ils puissent également déterminer ensemble les conséquences de la rupture de leur union.

## § 2. LA CONTRACTUALISATION DES CONSEQUENCES DU DIVORCE

**1015.** La reconnaissance de la possibilité pour les époux de régler contractuellement les effets de leur divorce a été reconnue en France, à l'instar des autres pays européens<sup>1730</sup>, par le législateur (A) et retrouve actuellement un nouvel essor au Canada à la suite de décisions récentes de la Cour suprême du Canada (B).

### A. La reconnaissance législative française des conventions entre ex-conjoints

**1016.** La possibilité de mettre en œuvre des conventions entre ex-époux n'est pas nouvelle en France. Si de telles conventions étaient interdites avant la réforme du divorce de 1975 en France puisqu'elles étaient réputées faciliter le divorce, le législateur de 1975 leur a reconnu une certaine importance, en particulier dans le cadre du divorce sur requête conjointe (1). Toutefois la reconnaissance des conventions entre ex-époux n'était que partielle et il a fallu attendre la réforme du 26 mai 2004 (2) pour assister à une véritable contractualisation des relations entre ex-conjoints.

#### 1. *La reconnaissance limitée des conventions entre époux sous l'ancien droit du divorce*

**1017.** Sous l'empire de la Loi sur le divorce de 1975, il était nécessaire de distinguer entre le divorce sur requête conjointe et les autres types de divorces. Dans le cadre du divorce sur requête conjointe, il était expressément prévu que les époux ne devaient pas seulement s'entendre sur le fait de divorcer mais devaient également régler par le biais d'une convention tous les effets de leur divorce<sup>1731</sup>. Ce divorce était considéré comme le plus abouti des divorces consensuels et était certainement l'image même d'un divorce contractuel entre conjoints. Il est nécessaire de constater que le juge avait la possibilité de refuser d'homologuer la convention s'il considérait que celle-ci était contraire aux intérêts des enfants

---

<sup>1730</sup> Bernard Younes, « Le rôle de la volonté des époux », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°18. Voir également, Francoz Terminal Laurence, « Les conséquences du divorce en droit comparé », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°20.

<sup>1731</sup> Ancien art. 230 C.civ.

ou de l'ex-conjoint ou s'il avait la conviction que l'un des époux n'avait pas donné librement son accord et que la volonté n'était pas réelle<sup>1732</sup>. La convention des époux devait donc régler la question de la résidence des enfants, du partage des biens ou encore de la prestation compensatoire. La jurisprudence avait également admis que dans le cadre d'une telle convention, et alors que le législateur l'avait supprimée, les conjoints pouvaient prévoir une obligation alimentaire à leur charge et la Cour de cassation avait reconnu la validité de la pension alimentaire prévue conventionnellement en faveur de l'ex-épouse<sup>1733</sup>. Ces conventions, une fois homologuées, étaient considérées comme définitives et ayant la même force qu'une décision de justice<sup>1734</sup>. Elles ne pouvaient être attaquées pour nullité pour vice du consentement ou pour rescision pour cause de lésion<sup>1735</sup>. Ce type de convention serait certainement aujourd'hui toujours possible, les ex-conjoints ayant la liberté, contractuelle, de créer une telle obligation qui sera donc tout simplement une obligation alimentaire conventionnelle.

**1018.** Dans le cas où une prestation compensatoire était déterminée, il avait toutefois été prévu, en 1975, que chacun des époux pouvait demander une révision de cette prestation en cas de changement imprévu dans ses ressources et ses besoins<sup>1736</sup>. La loi de 2000 modifiant les dispositions relatives aux prestations compensatoires<sup>1737</sup>, modifia la condition du changement qui ne devait alors plus être qu'« important dans les ressources et les besoins des parties ». Cette loi a alors adouci les conditions de révision de la prestation compensatoire dans le cadre du divorce sur requête conjointe. Si on ne peut nier la place fondamentale de la convention entre les conjoints et son importance dans le divorce, une telle contractualisation était loin d'être développée dans les autres cas de divorces.

**1019.** Dans les trois autres cas de divorces français, seules étaient permises les conventions notariées, conclues après le début de l'instance et portant sur la dissolution du

---

<sup>1732</sup> Ancien art. 232 C.civ.

<sup>1733</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 9 mai 1988, *Bull.* II n°111, *D.* 1989 juris. p. 289, n. Massip Jacques. Voir également Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 25 janvier 1984, *D.* 1984 juris. p. 442, n. Philippe Catherine, *JCP G.* 1986 II 20540, n. Bateur Annick., dans cette affaire les époux avait renoncé à toute prestation compensatoire, mais le mari s'était engagé, dans la convention, à payer une pension alimentaire à son ex-épouse ; la Cour de cassation avait considéré qu'il s'agissait bien d'une obligation alimentaire entre les ex-époux et a accepté la modification de cette pension selon les règles du droit commun des obligations alimentaires. Voir également Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005, *JCP G.* 2006 II 10104, n. Gaboriau Bertrand.

<sup>1734</sup> Cornu Gérard, *Droit de la famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2003, n°337 p. 528.

<sup>1735</sup> Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003, n°291, p. 203.

<sup>1736</sup> Ancien Art. 279 al. 3 C.civ.

<sup>1737</sup> Loi n°2000-596 du 30 juin 2000.

régime de la communauté<sup>1738</sup>. Seul le juge avait le droit de fixer la prestation compensatoire<sup>1739</sup>. Ces conventions ne pouvaient être exécutées qu'après que le jugement ait pris force de chose jugée. Les conventions dans le cadre des divorces français, à l'exception du divorce sur requête conjointe, intervenaient donc dans des cas limités. La loi de mai 2004 a alors marqué une évolution essentielle en la matière en incitant aujourd'hui les époux à faire des conventions sur les effets de leur divorce<sup>1740</sup>.

## 2. La faveur de la loi du 26 mai 2004 pour les conventions entre conjoints<sup>1741</sup>

**1020.** Dans le but de pacifier et de simplifier le divorce<sup>1742</sup>, le législateur français a souhaité inciter les conjoints à conclure le plus tôt possible des conventions pour régler les conséquences patrimoniales de leur divorce. S'il a conservé le divorce sur requête conjointe et en a même simplifié la procédure en n'imposant plus qu'une seule comparution obligatoire devant le juge<sup>1743</sup>, il a également modifié l'ancien article 1450 et prévu à l'article 265-2 du Code civil que les époux peuvent, pendant la procédure de divorce, passer toute convention pour la liquidation et le partage des biens. Désormais, les conjoints ne sont donc plus obligés de préparer une convention notariée, à moins que la convention ne concerne le partage des immeubles.

**1021.** De plus, et surtout, le législateur de 2004 a posé comme principe général dans le nouvel article 268 du Code civil que les époux peuvent demander aux juges d'homologuer « des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce ». Les conventions, quel que soit le type de divorce, ne concernent plus seulement la liquidation du régime matrimonial mais aussi tous les effets patrimoniaux du divorce comme, par exemple, la

---

<sup>1738</sup> Anc. art. 1450 C.civ.

<sup>1739</sup> Bénabent Alain, *op.cit.*, n°344 p. 235.

<sup>1740</sup> Voir Larribeau Terneyre Virginie, « Les conventions de rupture – état des lieux », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier n°4.

<sup>1741</sup> Larribeau Terneyre Virginie et Garcia Kiteri, « Fascicule 5 – Effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux – Effets d'ordre patrimonial – Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux », *Jurisclasseur Code civil – art. 266 à 285-1*, M. à j. du 29 juin 2015, n°11 et s.

<sup>1742</sup> Voir Garé Thierry, « La réforme du divorce, entre innovations et droit constant (2<sup>ème</sup> partie) », *RJPF* 2004, n°7-8 p. 6, p. 7 ; voir également les remarques du Ministre de la Justice, « Projet de Loi relatif au divorce », *Ministère de la Justice*, NOR : JUSX0300062L/B1 et Matocq Olivier, « Les accords et les conventions dans le nouveau droit du divorce », *AJ Fam.* 1/2006 p. 17.

<sup>1743</sup> Art. 250-1 C.civ. avec la possibilité pour le juge d'homologuer la convention dès la première comparution et de prononcer le divorce par la même décision.



prestation compensatoire<sup>1744</sup> et plus particulièrement ses modalités de versement et de révision<sup>1745</sup>. On constate donc une véritable volonté de privilégier les conventions et le dialogue entre conjoints et cette volonté est d'autant plus marquée que même les conventions partielles sont acceptées, contrairement au divorce sur requête conjointe où, encore aujourd'hui, l'intégralité des effets du divorce doit être réglée dans la convention<sup>1746</sup>. Le juge va homologuer ces conventions comme il le faisait antérieurement dans le cadre du seul divorce sur requête conjointe et va alors également vérifier que les intérêts de chaque époux et des enfants sont protégés.

**1022.** La contractualisation des relations entre ex-conjoints a ainsi été étendue, avec la Loi du 26 mai 2004, du divorce sur requête conjointe, où l'établissement d'une convention entre les conjoints demeure une obligation, aux autres divorces, même contentieux. On a donc une importante évolution du droit français en la matière et, dans une certaine mesure, une vision de plus en plus contractuelle du divorce à la française et une volonté marquée de privilégier les accords entre conjoints considérés comme étant les mieux à même de connaître la situation<sup>1747</sup>.

**1023.** Enfin le droit communautaire, qui s'applique en droit français, reconnaît également une place privilégiée aux accords des parties et le *Règlement Bruxelles II bis relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*<sup>1748</sup>, prévoit dans son article 22 que « Les actes authentiques et les accords entre parties qui sont exécutoires dans un État membre devraient être assimilés à des "décisions" aux fins de l'application des règles de reconnaissance et d'exécution ». Cette faveur pour les accords entre ex-conjoints a été renforcée lors de la révision de ce règlement puisque, avec, le *Règlement Rome III n° 1259/2010 du 20 décembre 2010*, entré en vigueur le 21 juin 2012 et modifiant le règlement « Bruxelles II bis », les futurs époux peuvent choisir le droit étranger applicable à leur divorce parmi différentes lois possibles (loi de résidence des époux, loi de la nationalité d'un des époux ou encore loi du

---

<sup>1744</sup> Art. 279-1 C.civ.

<sup>1745</sup> Art. 278 et 279 C.civ.

<sup>1746</sup> Voir Lienhard Claude, « L'approche procédurale des ententes », *AJ Fam.* 2004/6 p. 214.

<sup>1747</sup> M. Malaurie et Fulchiron parlent alors de « Do it yourself », dans Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Defrénois, 2011, n°778 p. 316.

<sup>1748</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

for)<sup>1749</sup>. Ce choix peut en particulier être fait par le biais de contrats nuptiaux. Ces contrats d'inspiration américaine ne sont pas inconnus en droit français et permettent de prévoir les conséquences financières découlant de leur union mais aussi de sa dissolution. Ils pourront en particulier prévoir le droit qui s'appliquera pour l'obligation alimentaire qui les liera ainsi que la juridiction qui aura à traiter des questions liées à cette obligation<sup>1750</sup>. La détermination de la loi en vigueur pour le divorce permettra de donner une certaine prévisibilité aux époux quant à leur séparation et pourra également avoir une importance économique importante avec, par exemple le devoir de secours. Ainsi dans certains pays, la durée de la séparation exigée pour le prononcé du divorce pouvant être de trois ou quatre années, le devoir de secours sera alors d'autant plus long et le montant total d'autant plus important. Le Règlement Rome III pose alors comme principe essentiel le respect du « choix éclairé »<sup>1751</sup> des deux conjoints afin que ceux-ci puissent choisir le droit le plus adapté en toute connaissance de cause et en bénéficiant pour cela de l'information nécessaire<sup>1752</sup>. Pour certains notaires français, afin de respecter au mieux cette obligation et de s'assurer de la validité du choix, il apparaît nécessaire que les praticiens prévoient la clause déterminant le droit compétent soit dans un contrat valablement reçu en droit étranger soit dans un contrat notarié de droit français auquel pourra être annexé le contrat de droit étranger<sup>1753</sup>.

**1024.** L'évolution du droit français et du droit européen suit le mouvement général de contractualisation des relations familiales. Ce mouvement est également présent au Canada où les dernières décisions de la Cour suprême tendent à privilégier les conventions entre ex-conjoints.

---

<sup>1749</sup> Voir Barrière-Brousse Isabelle, « La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales », *D.* 2008 p. 625 et Lardeux Gwendoline, « La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales ; Partie II : La loi applicable aux désunions selon la proposition de règlement du Conseil du 17 juillet 2006 », *D.* 2008 p. 795 ainsi que Butruille-Cardew Charlotte et Preney Christophe, « Articulation du règlement « Rome III » avec les autres instruments : clauses de juridiction et loi applicable », *AJ Fam.* 2012 p. 385, et Revillard Mariel et Crône Richard, « Le règlement Rome III sur les divorces internationaux – Analyses et formules sur le choix de la loi applicable », *Rép. Def.* 2012, p. 560. Voir également Butruille-Cardew Charlotte, « La construction européenne du droit du divorce et l'approche culturelle », *AJ Fam.* 2012 p. 376 et Hugues Letellier, dans *Les contrats pré-nuptiaux – Accords financiers pour la vie commune et la séparation, Formule d'actes d'avocats*, Lexis Nexis 2011, p. 26 t s.

<sup>1750</sup> Règlement CE n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, article 4. Ces dispositions ne s'appliquent pas à une obligation alimentaire d'un enfant de moins de 18 ans.

<sup>1751</sup> Considérant n° 18 du Règlement Rome III.

<sup>1752</sup> Considérant n° 17 du Règlement Rome III.

<sup>1753</sup> Hugues Letellier, dans *Les contrats pré-nuptiaux – Accords financiers pour la vie commune et la séparation, Formule d'actes d'avocats*, Lexis Nexis 2011, p. 27.

## B. La revalorisation des conventions portant sur les conséquences pécuniaires du divorce par la jurisprudence canadienne

**1025.** Bien qu'un divorce pour consentement mutuel n'existe pas au Canada, même si les conjoints peuvent se séparer et demander ensemble le divorce<sup>1754</sup>, les conventions entre conjoints divorçant au Canada ont été admises dès la Loi sur le divorce de 1968<sup>1755</sup>. La Loi sur le divorce de 1985 a expressément prévu qu'un des facteurs que le juge doit prendre en considération pour l'établissement d'une pension alimentaire est l'entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou de l'autre conjoint<sup>1756</sup>. La Cour suprême, nous l'avons vu, dans sa décision *Moge*, a considéré qu'il existe trois fondements possibles pour les pensions alimentaires entre-conjoints : compensatoire, non compensatoire et contractuelle<sup>1757</sup>. La Cour suprême accorde donc une importance particulière aux conventions entre ex-conjoints même si en principe, il revient aux tribunaux de statuer en dernier ressort sur la plupart des conséquences accessoires du divorce<sup>1758</sup>.

**1026.** Toutefois la question s'est posée et se pose encore au Canada de la valeur et de la place à donner aux conventions passées entre conjoints et, en particulier, de la liberté laissée au juge de les modifier au non. La question de la modification judiciaire ou non de telle convention a posé le problème plus général de la place à donner aux contrats dans les relations entre ex-conjoints et la valeur à accorder à ces contrats. De nombreux débats et d'importants développements jurisprudentiels ont alors abordé ce sujet.

### 1. La Trilogie *Pelech, Caron et Richardson*

**1027.** La première étape vers une reconnaissance de l'importance des conventions entre ex-conjoints fut franchie avec les décisions *Caron, Pelech* et *Richardson* plus

---

<sup>1754</sup> Voir n°816.

<sup>1755</sup> Voir entre autres le fait qu'elles étaient reconnues au Québec avant les trois décisions de la Trilogie et qu'elles avaient déjà une certaine importance, Pilon Suzanne, « Le sort des ententes familiales depuis la Trilogie de la Cour suprême (arrêts *Richardson, Pelech* et *Caron*) », dans *Nouveaux développements en droit familial – Les aspects économiques d'une rupture*, Formation permanente du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 1988, p. 97, p. 101.

<sup>1756</sup> Art. 15.2 (4) c) de la *Loi sur le divorce*.

<sup>1757</sup> *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813. Voir n°548 et s.

<sup>1758</sup> Voir Roy Alain, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, Ed. Thémis, 2002, p. 310 ainsi que l'article 4(1) de la *Loi sur le divorce*.

communément connues sous la dénomination de *Trilogie*<sup>1759</sup>. Ces décisions ont mis en valeur l'importance des conventions entre conjoints et le fait que celles-ci devaient être respectées<sup>1760</sup>. Selon le Juge Wilson, qui écrivait au nom de la majorité, seul permettait de remettre en cause une convention passée entre les ex-conjoints un changement radical et imprévisible de circonstances ayant un lien avec le mariage. Ces décisions ont ainsi mis en valeur l'importance de la contractualisation dans les relations entre ex-conjoints et l'importance de maintenir les conventions passées entre ex-époux. Mais, bien qu'elles aient été rendues en 1987, elles concernaient l'état du droit sous l'ancienne loi sur le divorce de 1968 et non la nouvelle loi de 1985.

**1028.** Les décisions qui suivirent, tout en remettant en cause la primauté de la théorie du *clean break*, ne concernèrent toutefois pas les conventions entre ex-conjoints et ne modifiaient donc pas directement les principes posés par la *Trilogie*. Ce fut en particulier le cas des décisions *Moge*<sup>1761</sup> mais aussi *Bracklow*<sup>1762</sup> qui tout en réitérant que la pension alimentaire pouvait avoir un fondement contractuel ne s'interrogèrent pas sur la place à laisser aux conventions.

## 2. *Miglin c. Miglin*

**1029.** Ce n'est alors qu'en 2003 que la Cour suprême s'est prononcée de nouveau sur la valeur des conventions entre ex-conjoints avec la décision *Miglin c. Miglin*<sup>1763</sup>. Dans cette décision, les Juges Bastarache et Arbour, qui représentent l'opinion majoritaire, considèrent

---

<sup>1759</sup> *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892, *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, voir également les commentaires de Bissett-Johnson Alastair, « Judicial Variation of Final Settlements : *Pelech v. Pelech*, *Caron v. Caron*, *Richardson v. Richardson* », [1988] 67 *R. du B. Can.* 153, McLeod James G., Annotation, [1987] 7 *R.F.L.* 226, Pilon Suzanne, « La Trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints ou ex-conjoints », (1987) *R.D.F.* 533.

<sup>1760</sup> Voir, entre autres, Castelli Mireille D. et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 476

<sup>1761</sup> *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

<sup>1762</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

<sup>1763</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, pour des commentaires de cette décision voir Rogerson Carol, "*Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, « They Are Agreements Nonetheless », [2003] 20 *Can. J. of Fam. L.* 197; McLeod James G., [2003] 34 *R.F.L.* 263; Goubau Dominique, « Respect des ententes alimentaires, L'affaire *Miglin*: la Cour suprême donne une nouvelle vigueur aux ententes alimentaires », *Collection du juriste*, Farnham Publication, CCH, Mai 2003, p. 1 ; Roy Alain, « La Cour suprême se prononce sur le poids des ententes alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137 ; Grant Stephen, « Reflecting on a Moving Target : Discretion Prevails, Once More », [2004] 19 *Money & Family Law* 1 ; Anfousse Suzanne, « Convention entre époux, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Miglin c. Miglin* et les autres », dans les *Développements récents en droit familial*, Formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2004, p. 291. Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 451 et s.

que si la règle posée par la Trilogie est dépassée, il ne faut pas pour autant rompre totalement avec le passé et favoriser l'autonomie demeure un des objectifs exprès de la loi, « il faut [donc] accorder beaucoup de poids à une convention équitablement négociée qui reflète les volontés et les attentes des parties et qui est conforme pour l'essentiel aux objectifs de la *Loi sur le divorce* dans son ensemble »<sup>1764</sup>.

**1030.** Cette décision n'a pas été rendue à l'unanimité des juges de la Cour suprême. Le Juge Lebel, dans sa dissidence, considérait ainsi qu'il fallait prendre en compte la spécificité des contrats entre époux et le fait qu'ils étaient soumis à des émotions et des circonstances particulières. Selon l'Honorable Juge, il ne fallait pas donner une valeur excessive aux conventions et les apprécier selon la loi sur le divorce au cas par cas, en fonction des facteurs et des objectifs de la Loi sur le divorce, ces éléments traduisant la volonté du législateur de mettre en œuvre un partage équitable des ressources et des désavantages économiques résultant du mariage et de son échec. Si une convention ne respectait pas ces facteurs et objectifs et ne permettait pas de pallier aux inconvénients économiques dont souffre un conjoint en raison du mariage ou du divorce, elle devait être modifiée par le Juge.

**1031.** Même si cette décision était très attendue, elle a pu apparaître comme relativement surprenante. En effet, elle laissait une place très importante aux contrats entre conjoints et ne semblait pas suivre la voie ouverte par les décisions *Moge* et *Bracklow* qui mettaient en avant l'équité et la nécessité d'aider et de compenser le conjoint dans le besoin. En limitant les possibilités de modifier une convention entre conjoints, elle a permis d'entériner un certain nombre de conventions inéquitables. Elle mettait également en valeur le fait que les conjoints étaient les plus à même de déterminer les obligations qui sont pour eux les plus adaptées. Toutefois, si cette décision n'apparaissait pas être dans la suite des décisions concernant directement les pensions alimentaires entre ex-conjoints, comme *Moge* et *Bracklow*, elle n'était pas sans rappeler la décision *Walsh c. Bona*<sup>1765</sup> qui, au nom de la liberté contractuelle des partenaires, avait refusé d'étendre le régime légal de partage des biens entre ex-époux aux conjoints de fait. La Cour suprême semblait donc suivre un nouveau mouvement où elle privilégiait de nouveau la liberté contractuelle et les conventions dans le cadre des relations familiales et, en particulier, entre ex-époux.

---

<sup>1764</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, n°4.

<sup>1765</sup> *Walsh c. Bona*, [2002] 32 R.F.L. (5th) 81.

**1032.** Cette décision a fait l'objet de critiques car, selon certains auteurs<sup>1766</sup>, elle aurait idéalisé les relations entre ex-conjoints. De plus, le critère qu'elle proposait n'était pas des plus clairs et alors qu'elle souhaitait encadrer les tribunaux, elle laissait en réalité à ces derniers une grande liberté d'interprétation « au détriment de la prévisibilité des décisions »<sup>1767</sup>. Mme Rogerson<sup>1768</sup> considérait même que la Cour suprême ne remplissait pas son travail de clarifier la jurisprudence et que dans le domaine des règlements pécuniaires entre conjoints survivaient encore largement la discrétion des juges et l'incertitude. La Cour instituait aussi dans une certaine mesure le contrat comme une sécurité des parties face à l'incertitude judiciaire. Suite à cette décision, elle a d'ailleurs renforcé la privatisation et la contractualisation des relations entre époux à la suite de cette décision, en particulier dans la décision qu'elle a rendu dans l'affaire *Hartshorne c. Hartshorne*<sup>1769</sup> en 2004. Même si cette décision ne concernait pas une convention de divorce mais un contrat de mariage, elle a réitéré la position selon laquelle il est reconnu tant par la jurisprudence que la doctrine que les tribunaux doivent respecter les contrats de mariage comme les conventions passées entre les conjoints pour le partage de leurs biens au moment de la dissolution du mariage.

**1033.** La Cour suprême semblait donc avoir fait faire le choix de privilégier les conventions et la contractualisation des relations entre ex-conjoints. Cette tendance avait été reprise par les tribunaux provinciaux<sup>1770</sup> et en particulier par les tribunaux québécois<sup>1771</sup>, et les cours acceptaient avec circonspection les cas où il y a un changement de circonstances, gardant bien à l'esprit l'importance des choix faits par les conjoints et leur liberté de

---

<sup>1766</sup> Rogerson Carol, « *Miglin v. Miglin*, 2003 S.C.C. 24, « They Are Agreements Nonetheless », [2003] 20 Can. J. of Fam. L. 197, p. 226.

<sup>1767</sup> Goubau Dominique, « Respect des ententes alimentaires, L'affaire *Miglin*: la Cour suprême donne une nouvelle vigueur aux ententes alimentaires », *Collection du juriste*, Farnham Publication, CCH, Mai 2003, p. 1, p. 5 ; voir également Grant Stephen, « Reflections on a Moving Target : Discretion Prevails, Once More », [2004] 19 *Money & Family Law* 1.

<sup>1768</sup> Rogerson Carol, *op. cit.* p. 226.

<sup>1769</sup> *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550, pour des commentaires de cette décision voir Bailey Martha, « Mariage à la carte : A Comment on *Hartshorne v. Hartshorne* », (2004) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 249 ; Shaffer Martha, « Domestic Contracts, Part II : The Supreme Court's Decision in *Hartshorne v. Hartshorne* », (2004) *Rev. Can. D. Fam.* 261.

<sup>1770</sup> Moscoe Tami, « Are Support Releases in a Marriage Contract Now Binding ? », [2004] 19 *Money & Family Law* 13.

<sup>1771</sup> Anfousse Suzanne, « Convention entre époux, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Miglin c. Miglin* et les autres », dans les *Développements récents en droit familial*, Formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2004, p. 291, p. 317 et s. Pour une analyse de la jurisprudence québécoise qui applique les principes posés dans *Miglin* voir Jarry Jocelyne, « Chapitre V – L'obligation alimentaire », dans *Collection du droit 2012-2013, Volume III – Personnes, famille et successions, Titre II – Le droit familial*, p. 240 et s.

déterminer ce qui est le mieux pour eux<sup>1772</sup>. Toutefois, une limite à cette liberté contractuelle avait été posée par la Cour suprême en ce qui concerne la capacité et la vulnérabilité d'un conjoint. En effet, dans la décision *Rick c. Brandsema*<sup>1773</sup>, la Cour avait admis la révision d'une convention de partage de biens familiaux en raison de l'instabilité mentale de l'épouse défavorisée par la convention, cette épouse, même en présence d'un avocat, étant vulnérable et ayant sa perception de la réalité affectée. L'époux, dans ce cas, avait profité de cette vulnérabilité, caché des fonds, et négocié une convention qui lui était très favorable.

**1034.** La Cour suprême est néanmoins revenue sur sa position stricte de respect des ententes alimentaires entre époux avec les décisions *L.M.P. c. L.S.*<sup>1774</sup> et *R.P. c. R.C.*<sup>1775</sup> de 2011. Dans ces deux affaires, la Cour suprême a repris le test du changement significatif, plus souple, posé dans l'arrêt *Willick c. Willick*<sup>1776</sup>, pour la modification des ententes homologuées par le juge et non plus du changement imprévisible de l'arrêt *Miglin c. Miglin*. La modification d'une entente homologuée fixant une pension alimentaire redevient donc plus simple et la Cour a fait perdre une partie de son poids à l'entente entre conjoints<sup>1777</sup>, alors même que l'opinion minoritaire dans la décision *L.M.P. c. L.S.* défendait la nécessité de donner une importance considérable aux conventions passées entre les époux et la nécessité pour le juge de trouver un « juste équilibre entre, d'une part, l'objectif de préserver l'autonomie et, d'autre part, la nécessité de s'assurer que les arrangements alimentaires sont conformes pour l'essentiel aux objectifs généraux de la Loi »<sup>1778</sup>. Tout en reconnaissant l'importance de la convention, la Cour suprême canadienne a donc également reconnu la protection des conjoints, protection inscrite dans la loi sur le divorce.

**1035.** On notera que d'autres pays reconnaissent également l'importance des conventions des conjoints dans le cadre des règlements pécuniaires du divorce, et, en

---

<sup>1772</sup> Voir pour une analyse des jurisprudences suite à la décision *Miglin* : Cooper Jennifer A., « Miglin Revisited, Part I », [2006] 21 *Money & Family Law* 65.

<sup>1773</sup> *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295, commentée par Lasalle Raymonde et Perreault Stéphanie, Repères, avril 2009, EYB2009REP821. Voir également l'analyse de Payne Julien et Payne Marilyn, *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 69 et s.

<sup>1774</sup> *L.M.P. c. L.S.*, [2011] 3 R.C.S. 775, voir également Lam Vanessa, « *L.M.P. v. L.S. and R.P. v. R.C.* : Revisiting the Issue of Spousal Variation and Material Change », [2012] 24. *Ont. B. A. R.* 2 ; Siemiarczuk Marta, « Family Law : L.M.P changes landscapes dor support agreements », 30 janvier 2012 ; Schmitz Cristin, « Top court maps out approach to support changes », *The Lawyers Weekly*, 23 janvier 2012.

<sup>1775</sup> *R.P. c. R.C.*, [2011] 3 R.C.S. 819.

<sup>1776</sup> *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670.

<sup>1777</sup> Tétrault Michel, « De choses et d'autres en droit de la famille », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation continue du Barreau du Québec 2013, Ed. Yvon Blais, p. 290.

<sup>1778</sup> Juges McLachlin et Cromwell, *L.M.P. c. L.S.*, [2011] 3 R.C.S. 775

particulier, admettent que les époux prévoient dès le contrat de mariage les modalités de ces règlements. C'est en particulier le cas de l'Allemagne<sup>1779</sup> où les époux peuvent prévoir le règlement de la répartition des droits à la retraite (*Versorgungsausgleich*)<sup>1780</sup> et de l'équivalent de la prestation compensatoire française (*nachehelicher Unterhalt*)<sup>1781</sup> dans le contrat de mariage. De plus, en ce qui concerne le partage des droits à la retraite, le juge, depuis 2009<sup>1782</sup>, est tenu par la répartition effectuée par les époux<sup>1783</sup>. La validité ou l'exécution de cet accord pourront toutefois être contestées et le juge pourra également vérifier que la liberté contractuelle n'a pas été outrepassée avec un contrôle sur le contenu et l'exercice de la convention. Malgré ces exceptions, il semble, ainsi que nous le précise M. Schwab<sup>1784</sup>, que la volonté du législateur est bien d'inciter les époux à prévoir conclure de telles conventions.

---

<sup>1779</sup> Letellier Hugues, « Exemple étrangers de relations patrimoniales entre époux », *JCP N* 2009 n°22, p. 44, chronique 1192.

<sup>1780</sup> Voir Schwab Dieter, *Familienrecht*, 22<sup>ème</sup> édition, Ed. C.H. Beck, 2014, n° 474 et s., p. 219 et s.

<sup>1781</sup> § 1585 c BGB : « Les époux peuvent passer des conventions relatives à l'obligation alimentaire après le divorce. Une convention, qui est conclue avant que le divorce n'ait produit ses effets, doit être passée sous forme notariée[...] »

<sup>1782</sup> Loi portant réforme de la structure la répartition des droits à la retraite, Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs, 3 avril 2009, BGBl. I 700, qui a extrait les dispositions relatives à cette répartition du BGB pour les regrouper (et les réformer) au sein d'une loi spécifique cette répartition, dite « Gesetz über den Versorgungsausgleich » (VersAusglG). Une seule disposition du BGB, § 1587, rappelle l'existence de cette répartition et renvoie à la loi spécifique.

<sup>1783</sup> § 6 II VersAusglG.

<sup>1784</sup> Schwab Dieter, *op. Cit.*, n° 492, p. 228.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**1036.** Le droit de la famille, qui paraissait être un des domaines où la contractualisation devait être la moins présente, tend aujourd'hui à laisser de plus en plus de place aux conventions. Si l'idée de contrat n'a jamais été absente du mariage, elle intervient aujourd'hui dans des domaines aussi sensibles que celui de la filiation ou des relations parents-enfants.

**1037.** Dans le droit du divorce, la place de contractualisation tend également à croître que ce soit pour les causes du divorce, et ceci essentiellement en droit français, que pour les conséquences de celui-ci. On constate ainsi en France, comme au Canada ou en Allemagne, la volonté croissante des législateurs et des magistrats de laisser les époux régler les effets pécuniaires de leur divorce par le biais de convention. Toutefois, si c'est la dénomination contractualisation est utilisée, s'agit-il réellement d'une contractualisation dans le cadre du droit du divorce ?

## CHAPITRE II : UNE VÉRITABLE CONTRACTUALISATION

**1038.** Les ex-époux et plus généralement les membres de la famille concluent-ils entre eux de véritables contrats ? Une telle question peut se poser lorsque l'on s'interroge sur la place de la contractualisation dans le droit du divorce. Même s'il semble bien que les ex-époux ont aujourd'hui la possibilité de passer de nombreux accords entre eux, plutôt que de la contractualisation, ne sommes-nous pas plutôt en face de ce que Mme Serverin qualifie d'une « tendance du droit à accorder une portée accrue aux accords entre époux » ?

**1039.** Le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil français comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, faire ou ne pas faire quelque chose ». Le Code civil du Québec pour sa part définit le contrat comme « un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation »<sup>1785</sup>. Les « accords » passés entre les conjoints pour régler les conséquences de leur divorce ou les autres « conventions » passées entre membres de la famille correspondent-ils à cette définition ? Si un certain nombre d'arguments s'opposent à la qualification de contrat pour ces accords (I), d'autres plaident plutôt en faveur d'une véritable contractualisation quitte, pour certains, à élargir la notion de contrat (II).

### § 1. LES ARGUMENTS CONTREDISANT LA NOTION DE CONTRACTUALISATION

**1040.** Avant de nous attarder sur les arguments contredisant le fait que les conjoints concluent des contrats entre eux, nous souhaiterions effectuer quelques précisions terminologiques. Il est parfois soutenu que les ex-époux ne concluent pas des contrats mais des conventions ou des ententes et qu'il n'y aurait alors pas de véritable contractualisation. Le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations* donne comme synonyme à convention : « contrat » et ajoute une citation de Trudel selon laquelle : « Le contrat est la convention juridique. On s'est habitué à distinguer ces deux institutions en voyant le genre dans la convention et l'espèce dans le contrat. La distinction est d'ordre philosophique ; dans notre droit, la convention se dénomme contrat. L'identité est totale »<sup>1786</sup>. Nous considérons de même que M. Trudel que le contrat est une convention et la convention un contrat. La simple

---

<sup>1785</sup> Article 1378 du Code civil du Québec.

<sup>1786</sup> Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Ed. Yvon Blais, 2003.

dénomination de convention pour les actes passés par les époux ne nous paraît alors pas impliquer en elle-même que ces actes ne sont pas des contrats.

**1041.** Il en est de même pour l'« entente » pour laquelle il est fait directement référence dans le même dictionnaire au mot contrat. L'entente est donc également un contrat et de même que la convention, l'utilisation d'un tel vocable n'a pas pour conséquence de considérer que les accords passés entre les ex-conjoints ou les membres d'une même famille ne sont pas des contrats.

**1042.** Enfin, si l'on s'arrête toujours à l'analyse terminologique, on remarque que dans les provinces canadiennes de tradition de *common law*, les auteurs parlent de « domestic contracts » (contrats domestiques)<sup>1787</sup> qui sont définis comme des contrats formels écrits signés par les parties et des témoins par lesquels des couples mariés ou en union libre déterminent leurs droits et leurs obligations durant leur union ou à la dissolution de celle-ci<sup>1788</sup>. Ces auteurs englobent sous cette expression de « domestic contracts » les « marriage contracts », « cohabitation agreements » (convention de cohabitation), « separation agreements » (convention de séparation) ainsi que les « paternity agreements » (accord sur la paternité) et les « family arbitration agreements » (accord d'arbitrage pour le règlement du conflit familial). Les auteurs anglophones parlent donc pour leur part plus facilement d'un contrat entre les conjoints ou les ex-conjoints.

**1043.** La terminologie en elle-même ne nous paraît donc pas être un argument suffisant pour aller à l'encontre de la qualification de contrat dans le cadre des relations familiales. Il nous semble alors fondamental de chercher dans les éléments relatifs à la conclusion du contrat (A) et dans ceux relatifs à sa force (B) si les accords passés entre les conjoints sont bien des contrats.

#### **A. Les éléments relatifs à la conclusion du contrat ?**

---

<sup>1787</sup> Voir McLeod James G. et Mamo Alfred A., *Annual Review of Family Law 2007*, Ed. Thomson Carswell, 2007, p. 567; Payne Julien D. et Payne Marylin A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 64.

<sup>1788</sup> Payne Julien D. et Payne Marylin A., *op. cit.*, p. 64 : « Domestic contracts, as defined under provincial and territorial statutes in Canada, are formal written contracts signed by the parties and witnessed, whereby married couples and unmarried cohabitants may regulate their rights and obligations during their relationship or on its termination ».

**1044.** Pour qu'un contrat soit valablement conclu, quatre conditions sont nécessaires : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain et une cause licite de l'obligation<sup>1789</sup>. Les actes passés dans le cadre des relations familiales remplissent-ils alors toutes ces conditions ? Respectent-ils ainsi tant les conditions relatives aux parties, le consentement et la capacité<sup>1790</sup> ? (1) Qu'en est-il également des conditions relatives au contrat, la cause et l'objet ? (2).

*1. Les conditions relatives aux parties au contrat*

**1045.** Deux conditions sont nécessaires relativement aux parties au contrat : celles-ci doivent avoir la capacité de contracter (a) et la volonté de le faire (b).

*a. La capacité*

**1046.** La condition de capacité de contracter pourrait s'opposer à la reconnaissance de véritables contrats en droit de la famille. En effet, des mineurs peuvent, par exemple, contracter un mariage ou avoir l'autorité parentale sur leur enfant. Ainsi, jusqu'en 2006<sup>1791</sup>, en droit français, une jeune fille de quinze ans pouvait contracter mariage, ce qui n'était pas le cas du mari qui devait toujours être âgé de 18 ans<sup>1792</sup>. Désormais, le principe est que les deux époux doivent avoir 18 ans révolus au jour du mariage et seule une décision du procureur de la République pour motifs graves, généralement une grossesse, peut permettre à des époux

---

<sup>1789</sup> Art. 1108 C.civ. et art. 1185 C.c.Q.

**Art. 1108 C.civ.:**

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation. »

**Art. 1185 C.c.Q. :**

« Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation, ou que les parties n'assujettissent la formation du contrat à une forme solennelle.

Il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet. »

<sup>1790</sup> Voir pour cette distinction Bénabent Alain, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2005.

<sup>1791</sup> *Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 relatives aux violences au sein du couple.*

<sup>1792</sup> Ancien article 144 du Code civil.

mineurs de se marier<sup>1793</sup>. En droit québécois, on déduit de l'article 6 de la *Loi d'harmonisation n°1*<sup>1794</sup> qui prévoit que « nul ne peut contracter un mariage avant d'avoir atteint l'âge de seize ans » ainsi que des articles 373 du C.c.Q, relatif au consentement du titulaire de l'autorité parentale, et 434 C.c.Q., prévoyant la possibilité pour un mineur ayant l'autorisation de se marier de passer un contrat de mariage sur autorisation du tribunal, que le mariage est possible dès cet âge de seize ans<sup>1795</sup>. L'autorisation du titulaire de l'autorité parentale est dans ce cas nécessaire.

**1047.** Dans le cadre de l'autorité parentale, les parents mineurs en tant que titulaires de l'autorité parentale peuvent passer des conventions relatives à leur autorité parentale et ceci sans l'intervention de leurs propres parents. Ils bénéficient alors d'une capacité plus importante en tant que parents et pourront effectuer des actes qu'eux-mêmes ne peuvent pas effectuer à titre d'enfants mineurs.

**1048.** Dans le cadre du mariage, l'absence de capacité du mineur en droit français, peut donc être écartée mais avec une autorisation des parents ou du procureur de la République. En matière d'autorité parentale, les parents mineurs peuvent effectuer les mêmes actes que s'ils étaient majeurs et être totalement libres en particulier s'ils vivent dans le cadre d'une union libre. Comme le fait remarquer Mme Claire Neirinck<sup>1796</sup>, la question de la capacité des mineurs n'est pas étudiée par la doctrine et la jurisprudence qui s'intéresse à la contractualisation des relations familiales. Le respect de la vie privée peut peut-être expliquer cette spécificité et a alors pour conséquence qu'une grande liberté est laissée à ces mineurs, liberté qui est alors beaucoup plus importante que dans le domaine contractuel de droit commun et amène à douter de la nature contractuelle de ces accords.

---

<sup>1793</sup> Art. 145 C.civ. Cette réforme est intervenue pour instaurer, d'une part, l'égalité entre les hommes et les femmes dans ce domaine et, d'autre part, pour protéger la femme contre le mariage forcé ou sous forte influence familiale, voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n°174 p. 93. Cette disposition n'avait pas été prévue dans la proposition initiale et a été rajoutée suite au Rapport d'information n°229 (2004-2005) de M. Jean-Guy Branger, fait au nom de la délégation aux droits des femmes et déposé le 9 mars 2005, trouvé sur <http://www.senat.fr/rap/r04-229/r04-229.html>.

<sup>1794</sup> *Loi n°1 visant à harmoniser le droit fédéral avec le droit civil de la province de Québec et modifiant certaines lois pour que chaque version linguistique tienne compte du droit civil et de la common law*, L.C. 2001, c. C-4

<sup>1795</sup> Voir Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 34.

<sup>1796</sup> Voir Neirinck Claire, « Les aménagements des conséquences de la rupture au sein du couple », conférence donnée avec Maryline Bruggeman dans le cadre du colloque *La contractualisation de la rupture conjugale*, Université Laval, Québec, le 18 avril 2008, conférence reprise dans le cadre de l'article « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », (2008) *C. de D.* 551, et plus particulièrement p. 559.

**1049.** Une telle liberté se retrouve également en partie dans le cadre de la rupture du pacte civil de solidarité en ce qui concerne les personnes sous mesure de tutelle ou de curatelle. La loi réformant la protection juridique des majeurs<sup>1797</sup>, autorise désormais les majeurs sous tutelle<sup>1798</sup> ou sous curatelle à conclure un PACS, ce qui leur était auparavant interdit. Aujourd'hui, la conclusion d'un PACS est soumise soit à l'assistance du curateur pour la personne sous curatelle soit à l'autorisation du juge ou du conseil de famille pour la personne sous tutelle<sup>1799</sup>. Ces dispositions ne sont pas alors sans rappeler les dispositions relatives à la conclusion de contrats de droit commun. Toutefois, la liberté du majeur incapable est plus large en matière de dissolution du PACS puisque celui-ci, qu'il soit sous tutelle ou sous curatelle<sup>1800</sup>, peut rompre par décision unilatérale ou par décision conjointe le PACS, l'intervention du curateur ou du tuteur n'intervenant que pour la signification de la décision unilatérale de rompre le PACS<sup>1801</sup>. Mme Neirinck considère alors que la liberté écrase le contractuel et que l'on n'est plus face à un véritable contrat<sup>1802</sup> et elle remarque également qu'aucune disposition relative aux vices du consentement n'est prévue pour la rupture du PACS. En droit québécois, dans le cadre de l'union civile, que nous allons rapprocher du PACS<sup>1803</sup>, la nature contractuelle l'emporte<sup>1804</sup>, ce qui est confirmé par l'article 521.1 du Code civil du Québec. Le consentement libre et éclairé est le même que celui qui est exigé pour un contrat de droit commun que cela soit pour la conclusion de l'union civile ou pour sa dissolution, celle-ci ne pouvant résulter que d'une déclaration commune notariée, d'un jugement du tribunal, du décès de l'un des conjoints ou de mariage des deux conjoints entre eux. En dehors du décès qui n'implique pas la volonté des parties, les autres cas de dissolution sont fortement encadrés et nécessiteront certainement l'intervention de tuteur ou conseiller comme cela est le cas en droit commun<sup>1805</sup>.

---

<sup>1797</sup> Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

<sup>1798</sup> Nouvel article 461 du Code civil qui prévoit que le majeur sous curatelle ne peut signer une convention par laquelle il conclut un pacte civil de solidarité sans l'assistance du curateur.

<sup>1799</sup> Nouvel article 462 du Code civil.

<sup>1800</sup> Contrairement au droit québécois, en droit français la tutelle est la mesure de protection la plus lourde. En droit français les mesures de protection pour un majeur sont de la plus légère à la plus lourde : la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle, art. 425 et s. C.civ.

<sup>1801</sup> Nouveaux art. 461 al. 3 C.civ. et 462 al. 3 C.civ.

<sup>1802</sup> Neirinck Claire, conférence et dans article *op. cit.* p. 559 et 560.

<sup>1803</sup> Même si l'union civile est avant tout une copie du mariage, n°1104 et s.

<sup>1804</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°355, p. 519 et s.

<sup>1805</sup> En droit québécois, il existe trois mesures de protection qui sont, de la plus légère, à la plus lourde : la nomination d'un conseiller, la tutelle et la curatelle, art. 256 et s. C.c.Q.

**1050.** Si le droit québécois semble suivre le droit commun des contrats en matière de capacité dans le cadre de l'union civile, cela ne semble pas être le cas en droit français avec le PACS et l'analyse de ce dernier et plus particulièrement de ses conditions de rupture par un majeur incapable, tendrait alors à remettre en cause la vision contractuelle de la famille. En est-il également de même en ce qui concerne le consentement des parties au contrat ?

*b. La volonté de contracter*

**1051.** La volonté de contracter est-elle bien présente dans les relations familiales comme elle peut l'être dans le cadre de relations d'affaires ou commerciales ? En effet, le consentement des époux est-il, par exemple, véritablement éclairé lors du mariage et les fiancés ont-ils vraiment conscience qu'ils s'engagent contractuellement ? En France comme au Québec, les officiers en charge de célébrer le mariage sont tenus de lire aux futurs époux les obligations qui les lieront en tant qu'époux<sup>1806</sup> et ainsi de les informer des obligations qu'ils vont contracter en s'engageant dans les liens du mariage. Toutefois, il est rare que les fiancés se rendent vraiment compte de ces obligations et ce n'est souvent que pendant le mariage ou à sa dissolution qu'ils réaliseront les obligations auxquelles ils se sont engagés lors du mariage et de l'étendue du consentement qu'ils ont donné à ce moment-là. Certains, à l'instar de M. Cabrillac, ont alors proposé de mettre en place une sorte de « certificat juridique pré-nuptial » qui attesterait que les futurs époux ont reçu les informations juridiques essentielles relatives à leurs droits et obligations d'époux et au choix du régime matrimonial<sup>1807</sup>, leur permettant ainsi d'avoir un consentement éclairé. Face à cette absence de consentement éclairé, Mme Neirinck doute alors de la réalité de la dimension contractuelle mariage<sup>1808</sup>. Toutefois, même si les conjoints ne connaissent pas toutes leurs obligations, ils ont la volonté de se marier et on peut alors penser que le mariage serait plutôt une sorte de contrat d'adhésion dont les conditions seraient légalement fixées et auxquelles les époux adhèreraient. Dans le cadre du divorce, et toujours selon cet auteur, l'homologation judiciaire française permettrait plus certainement de vérifier le consentement et la volonté des conjoints et de donner une certaine « crédibilité contractuelle » à la volonté exprimée par les ex-conjoints.

---

<sup>1806</sup> Art. 75 al. 1<sup>er</sup> du C.civ. et art. 374 al. 1<sup>er</sup> C.c.Q.

<sup>1807</sup> Cabrillac Rémy, « Le passif professionnel : l'efficacité des parades légales pour protéger le patrimoine familial » dans le cadre du colloque *La communauté de biens entre époux : bilan critique*, Paris, Grand'Chambre de la Cour de cassation, 27 novembre 2008.

<sup>1808</sup> Neirinck Claire, conférence *op. cit.*

**1052.** Si les parties à l'accord ne connaissent le plus souvent pas les obligations auxquelles elles s'engagent, ceci est également dû en partie au fait que ces obligations leur sont la plupart du temps légalement imposées. C'est en particulier le cas du mariage où les époux s'ils donnent bien leur consentement pour se marier, n'ont aucune liberté quant aux conséquences de leur union, à l'exception seulement du choix de leur régime matrimonial. En l'absence de de liberté des parties pour les obligations découlant de leur accord, on peut alors se poser la question de la pertinence de la qualification de contrat en l'occurrence.

**1053.** Enfin, si la volonté des parties à l'accord passé dans le cadre du droit de la famille peut sembler ne pas être réelle, ces parties ne connaissant pas vraiment l'étendue de leurs obligations, elle est aussi insuffisante pour la conclusion de l'accord passé par les parties dans le cadre des procédures de divorce. L'intervention de la volonté d'une troisième personne peut alors être nécessaire : celle du juge. Il est en effet rare en droit de la famille qu'un accord entre conjoints soit passé sans l'intervention du juge ou d'un notaire. En ce qui concerne plus particulièrement l'homologation du juge en droit français, on remarque que celle-ci n'est pas seulement une condition de forme mais aussi une condition de fond de l'accord passé entre les conjoints. Si l'on s'intéresse plus particulièrement à l'homologation de la convention intervenant dans le cadre du divorce par consentement mutuel, on remarque que l'intervention de cette dernière ne fait pas rétroagir le divorce au jour de la signature de la convention par les parties, la date de la dissolution étant en effet fixée au jour où la décision qui prononce le divorce, la décision d'homologation, prend alors force de chose jugée<sup>1809</sup>. De plus, l'acte n'étant pas encore parfait, les parties peuvent tout à fait rétracter unilatéralement leur consentement avant l'homologation. Les conventions passées dans un divorce par consentement mutuel ne sont donc pas des actes sous condition suspensive de l'homologation mais bien des actes imparfaits considérés comme n'ayant pas de valeur avant l'homologation<sup>1810</sup>. Un auteur considère même que les accords faits dans le cadre du droit de la famille, qu'il qualifie de « pactes familiaux », doivent être vus comme des projets d'accord qui ne vivront que par « la décision juridictionnelle indispensable pour [les] entériner »<sup>1811</sup>. L'homologation est donc une véritable condition de fond de ces conventions. Le juge peut

---

<sup>1809</sup> Art. 250-1 et 260 C.civ.

<sup>1810</sup> Voir Hauser Jean, « Le juge homologateur en droit de la famille », dans *Le convention et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de Ancel Pascal et Rivier Marie-Claire, Ed. Economica, 2001, p. 124 et s.

<sup>1811</sup> Voir Alibert Bernard, « Le pacte en droit privé », *D.* 1996 p. 73.



remettre en cause la convention si elle ne paraît pas conforme à l'intérêt des conjoints et des enfants<sup>1812</sup> et ainsi faire jouer un ordre public judiciaire de protection<sup>1813</sup>. Il peut ainsi remettre en cause ce que les parties ont décidé, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'un contrat de droit commun, le juge devant respecter la volonté des parties cocontractantes<sup>1814</sup>. On ne serait alors pas en présence d'un véritable contrat ou plutôt d'un contrat ordinaire, qui ne nécessite pas de protection particulière mais plutôt d'un contrat spécifique sur lequel la société considérerait devoir encore avoir un droit de regard<sup>1815</sup>. Toutefois, si le juge peut modifier les conventions qu'il considère comme inéquitables, dans les faits, et plus particulièrement en France, en raison de sa charge de travail, il effectue rarement ce contrôle et les époux retrouvent alors dans une certaine mesure leur liberté contractuelle<sup>1816</sup>.

**1054.** En droit canadien, les conventions passées entre les conjoints paraissent avoir plus de poids et semblent s'imposer au tribunal pour ce qui concerne, tout du moins, la pension alimentaire entre ex-époux<sup>1817</sup>. L'article 15.2(4)c) de la Loi sur le divorce dispose en effet que le tribunal en rendant son ordonnance<sup>1818</sup> doit tenir compte de « toute ordonnance, toute entente ou tout arrangement alimentaire au profit de l'un ou l'autre des époux ». La volonté des ex-conjoints semble donc avoir plus de poids en droit canadien qu'en droit français et permettrait alors de reconnaître plus facilement la nature contractuelle des accords passés entre ex-époux.

**1055.** Tant les conditions de capacité que de volonté des parties dans le cadre des accords familiaux paraissent donc différer de celles nécessaires pour un contrat de droit commun et ainsi disqualifier ces accords comme contrat. Les conditions relatives au contrat lui-même permettent-elles également d'arriver à la même conclusion ?

---

<sup>1812</sup> Art. 268 al. 2 C.civ.

<sup>1813</sup> Niboyet Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, Ed. LGDJ, 2008, n°600, p. 306.

<sup>1814</sup> Art. 1134 C.civ. et 1434 C.c.Q.

<sup>1815</sup> Niboyet Frédérique, *op. cit.* n°600, p. 306.

<sup>1816</sup> Voir Bruggeman Marilyn et Neirinck Claire, Voir Neirinck Claire, « Les aménagements des conséquences de la rupture au sein du couple », conférence donnée avec Maryline Bruggeman dans le cadre du colloque *La contractualisation de la rupture conjugale*, Université Laval, Québec, le 18 avril 2008, conférence reprise dans le cadre de l'article « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », (2008) *C. de D.* 55.

<sup>1817</sup> Voir Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 476, Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n° 306, p. 420 et n° 316, p. 447 et s.

<sup>1818</sup> Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *op. cit.*, p. 470.

## 2. Les conditions relatives au contrat lui-même ?

**1056.** Ces conditions sont avant tout relatives à la cause et à l'objet du contrat. Dans le cadre des règlements pécuniaires entre époux, les auteurs s'accordent pour dire que tant la cause que l'objet ne posent pas de problèmes. Ils appuient également sur le fait qu'il n'est pas nécessaire pour le juge de s'attacher à rechercher la cause subjective des accords passés entre les ex-époux car cela irait trop loin. Cela permettrait certainement également d'attiser le conflit, le juge devant chercher la véritable cause de la séparation et les intentions cachées des époux<sup>1819</sup>. Il nous semble qu'une des seules objections qui pourrait être faite concernant ces conditions à la nature contractuelle, concerne l'objet de ces accords et plus particulièrement l'objet du projet parental au Québec passé entre les parents d'un futur enfant né par procréation médicalement assistée et de l'accord donné par les futurs parents en droit français. En effet, l'objet du contrat de droit commun ne doit pas, entre autres, être hors du commerce juridique<sup>1820</sup> et c'est en particulier le problème posé par le corps humain et la personne humaine. Malgré les évolutions qui peuvent exister en la matière<sup>1821</sup>, la convention qui porte sur un corps humain dans son intégralité serait certainement illégale aujourd'hui encore. Or l'objet du projet parental n'est-il pas tout simplement un enfant ? N'est-ce pas en quelque sorte contracter sur un être vivant qui va naître, sur son état civil, son avenir ? Reconnaître la nature de contrat de droit commun à ce projet parental reviendrait alors à le rendre totalement illégal. Ce projet même s'il engage les parties, et en particulier le père ou le conjoint ou la conjointe de la mère qui refuserait de reconnaître l'enfant, doit alors être envisagé comme autre chose qu'un contrat, un accord très spécifique qui ne contribuerait pas toutefois à rejeter l'existence générale de la contractualisation du droit de la famille.

**1057.** Les accords passés entre membres de la famille et plus particulièrement entre parents, époux ou ex-époux répondent donc à de nombreuses spécificités qui auraient pour conséquence de les exclure de la catégorie des contrats de droit commun. Toutefois, si cette remarque semble justifiée en droit français en raison, en particulier, de l'importance fondamentale de l'homologation judiciaire, nous pensons que les droits québécois et canadien respectent mieux la volonté des époux ou ex-époux et que les accords passés en droit de la

---

<sup>1819</sup> Balbo Izarn Nathalie, *Conventions entre époux et divorce*, Thèse dactylographiée, Toulon, 2000, p. 101.

<sup>1820</sup> Art. 1128 C.civ., au Québec on utiliserait certainement le fait que le contrat est contraire à l'ordre public, art. 1413 C.c.Q.

<sup>1821</sup> Voir Baudouin Jean-Louis et Jobin Pierre-Gabriel, « L'objet du contrat » dans *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, 2005, EYB2005OBL11.

famille dans ces deux droits se rapprochent de véritables contrats. Leurs effets et leur exécution permettent-ils alors également ce rapprochement ou au contraire contribuent-ils à conforter l'idée de certains selon lesquels il n'y aurait pas de contrat ni de véritable contractualisation en droit de la famille ?

## **B. La force du contrat : effets et exécution**

**1058.** La première question qui peut se poser est celui de l'applicabilité de l'effet relatif des accords passés dans le cadre familial. Nous nous interrogerons ensuite sur l'exécution de ces accords.

### *1. Effet relatif au contrat*

**1059.** Le contrat de droit commun s'il est opposable aux tiers, ne lie que les parties pour son exécution et non ces tiers, on parle ainsi de l'effet relatif des contrats<sup>1822</sup>. Dans le cadre du droit de la famille, cet effet est remis en cause puisque les parents peuvent passer des accords qui concernent directement leur enfant et s'appliqueront ainsi à des tiers<sup>1823</sup>. Ces accords sont toutefois faits dans l'intérêt des enfants et il est possible de penser qu'ils peuvent être rapprochés de la stipulation pour autrui, qui, quoique contrat concernant un tiers, est licite puisqu'elle est faite dans l'intérêt de ce tiers et ne met à sa charge aucune obligation.

**1060.** Le principe de l'effet relatif du contrat ne semble donc pas respecté dans le cadre des accords familiaux. L'exécution des obligations issues de ces accords paraît également bénéficier d'un régime différent de celui des contrats de droit commun

### *2. Exécution du contrat*

**1061.** Dans le cadre des relations familiales, il apparaît que les parties à ces actes ne peuvent pas toujours exiger l'exécution forcée de ces obligations, et en particulier des obligations qui leur sont imposées légalement. C'est en particulier le cas avec le mariage,

---

<sup>1822</sup> Voir Bénabent Alain, *Droit civil, Les Obligations*, 10<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2005, n°247 et s., p. 184 et s.

<sup>1823</sup> Neirinck Claire et Bruggeman Maryline, conférence *op. cit.*

lorsque les obligations des époux ne seront pas respectées, la sanction de la violation de ces obligations sera plutôt la dissolution du mariage avec le divorce et non l'exécution forcée. Si l'obligation de vie commune a pu faire l'objet d'une exécution forcée<sup>1824</sup>, la Cour de cassation<sup>1825</sup>, en France, a désormais totalement écarté une telle sanction<sup>1826</sup>. La seule possibilité pourrait être de priver le conjoint ayant quitté le foyer conjugal d'une pension alimentaire fondée sur le devoir de secours. Aujourd'hui, des dommages-intérêts fondés sur l'article 1382 du Code civil français pourrait être aussi demandé à l'époux ayant quitté le foyer ou adultère pour violation de ses obligations nées du mariage<sup>1827</sup>. Toutefois, il peut être paradoxal de remarquer qu'aujourd'hui, en droit français, on reconnaît néanmoins la validité d'actes qui sont une conséquence directe de la violation d'une obligation du mariage. C'est ainsi, en particulier, que la jurisprudence admet la licéité des donations faites par un homme marié à sa concubine<sup>1828</sup>.

**1062.** De même, la révision de certains contrats familiaux peut être librement effectuée par le juge dans des conditions totalement différentes du droit commun et ce en particulier dans les droits français et canadien. En effet, dans le droit commun des contrats, le juge ne pourra pas modifier un contrat qu'en interprétant la volonté des parties. De plus et malgré de nombreuses discussions, le principe qui règne dans les deux droits est celui de l'interdiction de la révision du contrat pour imprévision<sup>1829</sup>. Or dans le droit de la famille, nous sommes portés à croire que c'est le principe inverse qui s'applique, les accords passés entre conjoints, et en particulier ceux concernant les enfants, étant librement révisables par le juge. Cette possibilité de révision est certainement due à la spécificité de l'objet des accords passés par les conjoints ou les parents. A l'inverse certains accords familiaux sont soumis à une impossibilité quasi-totale de révision. C'est en particulier le cas de la convention passée entre les époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel, cette convention étant en effet homologuée au moment du divorce, on considère qu'elle a la même force exécutoire qu'une décision de justice<sup>1830</sup>.

---

<sup>1824</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *Droit civil, La famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Defrénois, 2011, n°1487, p. 593.

<sup>1825</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *Bull.* II n°81 p. 38.

<sup>1826</sup> Il en est de même en droit québécois, Voir Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 99.

<sup>1827</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n° 1488, p. 594.

<sup>1828</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *op. cit.*, p. 173.

<sup>1829</sup> Voir Baudouin Jean-Louis et Jobin Pierre-Gabriel, « Les effets du contrat entre les parties » dans *Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, 2005, EYB2005OBL16

<sup>1830</sup> Cornu Gérard, *Droit civil, La Famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006, n°339, p. 530.

**1063.** Toutefois, on voit apparaître en droit français un mouvement jurisprudentiel tendant à traiter les contrats familiaux comme des contrats de droit commun. C'est ainsi que la Cour de cassation a considéré dans une décision du 29 mai 2013<sup>1831</sup> que « le changement du régime matrimonial prend effet entre les parties à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit » et qu'il « s'impose à chacun des époux, de sorte que, à défaut d'invoquer un vice du consentement ou une fraude, aucun d'eux ne peut être admis à le contester sur le fondement de l'article 1397 du Code civil ». La Cour a fondé sa décision sur les articles 1108 et 1134 du Code civil qui sont les dispositions qui s'appliquent aux contrats de droit commun et prévoient l'annulation de ces conventions pour vices du consentement. Elle a donc considéré la convention de modification du régime matrimonial passée par les parties devant notaire (en l'occurrence, les parties n'avaient pas d'enfant) comme un contrat de droit commun liant les parties et ne pouvant être remis en cause qu'en raison d'un vice du consentement et non parce qu'elle ne respectait pas l'intérêt de la famille.

**1064.** Même si certaines décisions jurisprudentielles tendent à reconnaître les accords passés entre membres de la famille et plus particulièrement entre ex-conjoints comme des contrats de droit commun, ces conventions paraissent, plus généralement, répondre à des conditions et des effets particuliers qui les distinguent des contrats de droit commun. Souvent soumis à l'homologation du juge, ils sont aussi facilement remis en cause par le juge en raison de la spécificité de leur objet qui peut-être d'ordre public, comme, par exemple, en matière de pension alimentaire pour enfants. S'ils s'apparentent à des contrats, ces accords n'en seraient alors pas et parler de contractualisation du droit de la famille relèverait d'un abus de langage. Toutefois, aujourd'hui, face au phénomène croissant de la contractualisation, certains s'interrogent plutôt sur la nécessité de revoir la notion de contrat, de se détacher de la notion de contrat de droit commun telle qu'elle est définie dans les codes civils français et québécois. Cette extension de la notion de contrat, permettrait-elle alors de faire entrer les accords passés dans le cadre de la famille dans ce contrat revisité ?

---

<sup>1831</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2013, Juris-Data n°2013-010703, commentée par Lamarche Martine, « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : la sévérité de la loi contractuelle face aux attraits de la conventionnalisation du droit de la famille – Exemple relatif au changement de régime matrimonial », *Dr. Fam.* 2013, n°7, alerte 39.

## § 2. LA NECESSITE DE REPENSER LE CONTRAT

**1065.** Si l'on se limite à comparer les accords passés par les membres de la famille, que ce soit une entente sur les effets du mariage, un PACS ou une convention relative à l'autorité parentale avec la notion de contrat de droit commun, il est certain qu'en raison des spécificités de ces accords, il est difficile de conclure que ceux-ci sont des contrats. A l'instar de Rodolfo Sacco, M. Ancel propose alors d'aller au-delà de cette notion de contrat de droit commun et de chercher au-delà des « phénotypes » (ces différents accords et contrats de droit commun) un « génotype » du contrat<sup>1832</sup>. Il faut alors rechercher un concept général de contrat qui transcenderait les différents domaines du droit et irait au-delà du simple contrat de droit commun et pour cela il est nécessaire de déterminer les éléments qui seront la base de cette notion générale de contrat.

**1066.** Un des éléments de base de la définition traditionnelle du contrat est l'accord de volonté passé entre les contractants. Il semble toutefois qu'aujourd'hui il soit nécessaire d'atténuer la place de l'accord de volonté et plus particulièrement de la liberté laissée aux cocontractants de consentir ou non à un contrat. En effet, on remarque que cette liberté et l'égalité des cocontractants est loin d'être la réalité. Tous les cocontractants ne sont pas totalement libres de conclure un contrat. Il en est ainsi, par exemple, du chef d'entreprise qui n'aura pas d'autre choix que de se porter caution pour son entreprise. La qualification de contrat de cautionnement ne sera pas pour autant remise en cause. De plus, dans certains contrats, une des parties n'a pas d'influence sur les effets du contrat et sa seule liberté se limite à signer ce contrat. Il en est ainsi des contrats d'adhésion dont les effets sont unilatéralement fixés, généralement par la partie ayant économiquement le plus de poids. De même que le cautionnement vu précédemment leur qualification de contrat ne sera pas remise en cause et le Code civil québécois va même jusqu'à les reconnaître expressément<sup>1833</sup>. Enfin, un nombre de plus en plus important de contrats sont encadrés par le législateur et le juge et

---

<sup>1832</sup> Voir Ancel Pascal, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », dans *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 15 et plus particulièrement p. 23.

<sup>1833</sup> Art. 1379 C.c.Q. : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'un des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.

Tout contrat qui n'est pas d'adhésion est un contrat de gré à gré ».

leur contenu et leurs effets échappent donc aux deux parties. Malgré ce manque de liberté, la qualification de contrat ne leur est pas refusée<sup>1834</sup>.

**1067.** La volonté comme condition essentielle du contrat semble donc devoir être remise en cause, du moins en ce qui concerne l'égalité et la totale liberté de volonté des cocontractants. Quelles caractéristiques peuvent alors être utilisées pour définir cette nouvelle notion de contrat. Face à la complexité actuelle de donner une définition large en raison de la diversité des contrats et du nombre de plus en plus important des contrats spéciaux devenus majoritaires, M. Ancel propose de partir des éléments qui prêtent aujourd'hui le moins à discussion. En ce qui concerne la formation du contrat, il soumet ainsi que la source de la relation contractuelle est « une participation (plus ou moins formalisée) des acteurs à la détermination de leur situation ». Un minimum de volonté serait alors nécessaire, minimum que l'on pourrait peut-être retrouver sans la cérémonie du mariage au moment où les deux fiancés se disent « oui ». En ce qui concerne les effets du contrat, ce serait un engagement qui lierait les parties dans les limites des pouvoirs accordés au juge et qui ajouterait à l'ordre public impératif. L'auteur envisage donc directement l'intervention du juge. Enfin, l'auteur laisse alors les autres éléments dépendre des enjeux de la politique juridique et certainement également de l'évolution du droit.

**1068.** Une définition large du contrat permettrait alors sans problème d'intégrer dans cette notion les accords passés dans le cadre de la famille que ceux-ci concernent plus particulièrement les enfants ou les conséquences du divorce. Toutefois, faut-il aller jusqu'à redéfinir le contrat pour qualifier ces accords de contrats ? En effet, M. Ancel nous l'a démontré, même des actes qui sont qualifiés de contrat aujourd'hui sont loin de laisser toute liberté aux parties et le législateur et le juge interviennent de plus en plus dans le cadre de tous les contrats, même ceux de droit commun. Comme le rappelle M. Ancel citant ainsi Durkheim « tout n'est pas contractuel dans le contrat ».

**1069.** De plus, dans le droit de la famille, certaines institutions sont certainement même encore plus contractuelles que ce que certains peuvent penser et c'est en particulier ce qu'a exposé Xavier Labbé dans son ouvrage sur *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels*<sup>1835</sup> ? Il a ainsi démontré que les effets mêmes du mariage relèvent de l'ordre

---

<sup>1834</sup> Ancel Pascal, p. 26.

<sup>1835</sup> Labbé Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Ed. Septentrion, 1996.

contractuel et de l'intérêt des individus et non pas de l'ordre et de l'intérêt publics. De plus, l'analyse du mariage en tant que tel montre le développement de sa nature contractuelle au cours des dernières années et l'avancée de la contractualisation dans ce domaine. L'analyse des cas de divorces français<sup>1836</sup>, a en particulier permis de renforcer la vision contractuelle du mariage, tout en conservant comme notion de contrat la notion traditionnelle. En effet, le contrat de droit commun à durée indéterminée peut prendre fin de trois façons : par consentement mutuel des parties, par résiliation unilatérale et pour faute d'une des parties. Le consentement mutuel se retrouve donc dans le divorce sur consentement mutuel et, désormais, avec le divorce accepté. Quant à la résiliation unilatérale si elle se retrouvait à l'époque où M. Labbé a écrit son ouvrage dans le divorce pour rupture de la vie commune, elle connaît aujourd'hui un nouveau développement avec le divorce pour altération définitive du lien conjugal qui peut être plus simplement demandé que le divorce pour rupture de la vie commune et devrait donc avoir plus de succès que ce dernier n'en a eu. Enfin, le troisième mode de rupture du contrat qui est la faute se retrouve logiquement dans le cadre du divorce pour faute. Ainsi, les différents types de divorces français, tout en reflétant pour certains comme le divorce sur requête conjointe et le divorce accepté une véritable contractualisation du droit du divorce, les parties se mettant d'accord soit seulement sur le principe du divorce, soit tant sur son principe et ses conséquences, tendent à rapprocher également le mariage français du contrat.

**1070.** La vision traditionnelle du contrat permettrait alors toujours d'englober les accords entre conjoints et ceci même si les membres de la famille n'ont pas une totale liberté contractuelle. Cette vision permettrait donc de balayer les objections vues précédemment et de qualifier tout simplement les accords passés entre les membres de la famille, de contrats spéciaux.

---

<sup>1836</sup> Labbé Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Ed. Septentrion, 1996, p. 91 et s.



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**1071.** Certaines décisions jurisprudentielles reconnaissent les accords passés entre ex-conjoints comme des contrats de droit commun. Toutefois, il apparaît que ces conventions répondent à des conditions et des effets particuliers qui les distinguent des contrats de droit commun. En effet ils sont souvent soumis à l'homologation du juge et peuvent alors être remis en cause par celui-ci en raison de la spécificité de leur objet qui peut-être d'ordre public, comme, par exemple, en matière de pension alimentaire pour enfants. On pourrait alors douter de leur qualification de contrats de droit commun.

**1072.** Mais, même si les époux ne disposent pas de toute la liberté contractuelle, il semble que ces conventions sont en bien des contrats mais des contrats qui peuvent être qualifiés de spéciaux. La contractualisation du droit de la famille est une réalité qui ne peut aujourd'hui être niée. Néanmoins, comment faut-il l'appréhender dans le cadre de notre réflexion sur une révision des institutions existant dans le cadre des règlements pécuniaires entre conjoints ? Faut-il conserver une place importante à ce phénomène voire le développer en donnant de plus en plus de liberté aux conjoints ? Nous verrons que cette contractualisation est nécessaire, mais elle ne peut intervenir librement dans le cadre des relations familiales et devra donc être encadrée

### CHAPITRE III : UNE CONTRACTUALISATION DES CONSEQUENCES PECUNIAIRES DU DIVORCE NECESSAIRE MAIS ENCADREE

**1073.** « Le contrat, domaine de la raison et de l'égalité, est dominé par un ordre public pétri de bonne foi, de loyauté et du respect de la parole donnée »<sup>1837</sup>, nous ne pouvons alors, à l'instar de Claire Neirinck, que nous interroger sur l'opportunité de la contractualisation des conséquences du mariage, et plus particulièrement d'une obligation alimentaire ou d'une prestation compensatoire entre ex-conjoints, lorsque l'on sait que la période du divorce est avant tout une période de chaos psychologique et sentimental pour ceux qui le vivent et où toute raison, bonne foi ou encore loyauté semblent bien exclues. La contractualisation est-elle adaptée à cette période de la vie des ex-époux et le juge n'est-il pas le plus apte à pouvoir apprécier la situation des conjoints ?

**1074.** Cette problématique de la place à donner à la contractualisation dans le cadre du divorce et plus généralement de la famille fait alors ressortir, comme nous l'explique Mme Christine Morin<sup>1838</sup>, deux visions du rôle du Code civil dans la famille. Selon une première représentation le Code civil est « un ordre formel qui pose les paramètres de l'ordre. Son rôle est de structurer formellement la famille et la société, en vue du bien général ». Il doit alors être envisagé pour la majorité de la société et laisser la possibilité aux individus de se soustraire aux règles qu'il détermine par le biais de la contractualisation. Dans la seconde vision, le Code civil a plus pour rôle d'orienter la société afin d'atteindre un certain nombre d'objectifs sociaux. Il a un rôle plus concret de résolution des problèmes sociaux. L'auteur oppose ainsi deux rôles du Code civil, un rôle formel et un rôle fonctionnel.

**1075.** Ce sont ces deux rôles qui s'affrontent lorsque l'on s'interroge sur la possibilité d'une contractualisation dans le cadre du divorce et plus particulièrement pour le règlement des conséquences pécuniaires du divorce. Si aujourd'hui un certain nombre d'arguments plaident en faveur d'une telle contractualisation et d'une vision plus formelle du Code civil (Section I), il semble nécessaire dans un objectif social de protection d'un certain nombre de conjoints de l'encadrer et de redonner un rôle plus fonctionnel au Code civil (Section II).

---

<sup>1837</sup> Neirinck Claire, « Vers un droit commun de la rupture ? », *Les petites affiches*, 20 décembre 2007, n°254, p. 28.

<sup>1838</sup> Morin Christine, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) *C. de D.* 49, p. 527.

## SECTION I : UNE CONTRACTUALISATION NECESSAIRE

**1076.** Différents arguments tendent à favoriser le recours des époux à un contrat pour régler eux-mêmes les conséquences de leur divorce. Certains arguments sont alors, et ceci peut-être étonnant, d'ordre sociologique et psychologique (I). D'autres, ce qui étonnera plus les lecteurs français, relèvent de l'analyse économique de la situation entre ex-époux et donc de l'analyse économique du droit (II).

### § 1. DES ARGUMENTS SOCIOLOGIQUES ET PSYCHOLOGIQUES EN FAVEUR D'UNE TELLE CONTRACTUALISATION

**1077.** La reconnaissance d'une possible obligation alimentaire ou d'une prestation compensatoire contractuelle entre ex-époux semble correspondre au mouvement individualiste qui est à l'origine des importantes mutations de la société et de la famille actuellement<sup>1839</sup>. Traditionnellement, l'Etat était considéré comme plus apte à déterminer les règles relatives au bien être des membres de la société. La famille, et le mariage plus particulièrement, étant les cellules de base de la société, le lieu où l'individu, le citoyen, se forme et s'épanouit avant de prendre place dans la société, l'Etat avait alors pour rôle de contrôler que la famille remplissait bien son but et se devait également de la protéger face aux dangers qui sont susceptibles de la menacer, comme par exemple, les dangers économiques. Selon cette conception de la société, la volonté des membres de la famille ne semblait alors que résiduelle, le pouvoir étatique mettant en œuvre les règles qu'il estimait appropriées pour le fonctionnement de cette famille et les individus – membres de la famille – n'avaient que peu de liberté pour aménager leur mariage et conclure entre eux des accords. L'Etat imposait sa vision de la famille et les membres de celle-ci devaient s'y conformer. A cette domination de l'Etat s'ajoutait celle, à un niveau moindre du père de famille et plus généralement de l'homme. L'épouse était considérée comme dépendante de son mari, juridiquement et économiquement, et toute possibilité de contrat, qui impliquait une égalité entre les cocontractants, était exclue. L'autorité étatique, paternelle et maritale dominait toute l'organisation sociale et familiale et excluait toute contractualisation.

---

<sup>1839</sup> Pour une analyse de l'évolution de la famille et de la place de l'Etat voir Lensel Denis et Lafond Jacques, *La famille à venir, une réalité menacée mais nécessaire*, Préface Jean Foyer, Ed. Economica, 2000, p. 27 et s.

**1078.** Avec la montée du féminisme et de l'individualisme, un changement profond a eu lieu dans la société et l'autorité tant étatique que paternelle ou maritale a perdu sa place. Les membres de la famille ont obtenu des droits égaux et la possibilité de convention entre ces membres est alors apparue. Aujourd'hui, la société tend tout simplement vers une plus grande contractualisation des relations entre conjoints mais également entre ex-conjoints et les individus considèrent qu'ils sont les plus aptes à déterminer ce qui convient à leur situation personnelle.

**1079.** Admettre la reconnaissance d'obligations contractuelles entre ex-époux va alors dans le sens de cette évolution sociologique. Elle permet de reconnaître que ces conjoints connaissant leurs situations économiques et leurs perspectives respectives au moment du divorce ainsi que leurs relations pendant le mariage, ils sont les plus à même pour choisir quelles obligations particulières doivent être mises en œuvre et quel doit être le montant des pensions ou indemnités octroyées. Cette liberté laissée aux conjoints d'adapter à leur situation<sup>1840</sup> propre les règlements pécuniaires du divorce, a également comme avantage de respecter les différences existant entre chaque couple et de ne pas imposer un modèle unique de règlement pécuniaire correspondant à la vision du mariage type que s'est fait le législateur<sup>1841</sup>. La contractualisation des règlements pécuniaires du divorce permet aussi de mieux respecter la personnalité et la psychologie des ex-époux en tenant compte de la spécificité de chacun et répond alors au mieux à la vision fonctionnelle du Code civil selon laquelle celui-ci doit fixer de grandes règles répondant au mieux à la demande de tous, chacun pouvant ensuite s'en soustraire par le biais de conventions<sup>1842</sup>.

**1080.** Au niveau psychologique, elle a aussi pour avantage de permettre aux ex-conjoints de mieux accepter des obligations qui, si elles avaient été imposées par le juge, seraient apparues comme injustes. Cela pourrait être en particulier le cas d'une obligation alimentaire entre ex-conjoints. En effet, alors que les autres obligations alimentaires légales sont fondées sur un lien de parenté entre les parties, une pure obligation alimentaire entre ex-époux ne repose, pour sa part, sur aucun lien de parenté présent mais plutôt sur l'existence

---

<sup>1840</sup> Voir Trebilcock Michal J., *The limits of Freedom of Contract*, Ed. Harvard University Press, 1993, p. 43.

<sup>1841</sup> Voir sur le sujet Maguire Shultz Marjorie, « Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy », [1982] 70 *California Law Review* 204. Dans cet article, l'auteur expose la nécessité de mettre en place une plus grande liberté contractuelle au sein du mariage et de faire ainsi en sorte que les époux adoptent eux-mêmes les règles qu'ils considèrent comme les plus adaptées pour leur union tant en matière patrimoniale qu'en matière extrapatrimoniale.

<sup>1842</sup> Morin Christine, « La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) *C. de D.* 49, p. 527.

d'un lien d'alliance passé et aujourd'hui disparu. Cette obligation, survie d'un mariage et d'un devoir de secours passés, peut alors être très mal acceptée par l'époux débiteur qui ne se considère plus comme un proche de son ex-conjoint et ne comprend donc pas pourquoi il doit encore continuer à l'aider. Même en encadrant cette obligation alimentaire dans des conditions très strictes ainsi que nous l'avons proposé et en mettant en œuvre la pleine réciprocité de cette obligation entre les ex-conjoints, cela ne règlera pas le problème de l'acceptation de celle-ci par les ex-époux. La possibilité laissée aux époux de contractualiser une telle obligation au lieu de se la voir imposée peut alors s'avérer bénéfique. Les époux auront en effet une plus grande inclination à respecter les obligations qu'ils se seront fixées que celles qui leur auront été imposées par le législateur<sup>1843</sup> ou le juge.

**1081.** Enfin, le développement d'ententes entre les ex-conjoints, de même que l'objectivation plus générale du droit du divorce, permet une meilleure protection des intérêts des enfants. Effectivement si, lors du divorce, le conflit entre les parents n'est pas pacifié, ceux-ci risquent, d'une part, de se servir des enfants pour envenimer les discussions au moment même de la séparation et seront, d'autre part, incapables de discuter calmement des décisions concernant ces enfants dans le futur. Développer la contractualisation et donc les solutions négociées permet de calmer le conflit et d'assurer de meilleures relations dans l'avenir entre les conjoints et donc de meilleures possibilités de discuter ensemble plus tard des décisions concernant les enfants. De plus, lors des négociations et des discussions intervenant entre les conjoints, ceux-ci appréhenderont certainement mieux leur responsabilité parentale et les obligations qu'elles impliquent que lorsque toutes ces obligations leur sont imposées par le juge. La négociation dans ce cas joue, il nous semble, un important rôle pédagogique. La prise de conscience par les parents des responsabilités qui leur incombent sera alors fondamentale pour les relations futures entre les parents et le rôle qu'ils sont prêts à jouer auprès de l'enfant. Dans une société comme la société française où les pères ont parfois du mal à avoir une place après la séparation ou le divorce<sup>1844</sup>, la prise de conscience par ceux-ci mais aussi par les mères de l'importance des droits et devoirs paternels nous paraît essentielle. Elle permettra également d'une façon plus générale d'envisager toutes les

---

<sup>1843</sup> Une telle obligation alimentaire purement contractuelle entre ex-époux a d'ailleurs déjà été acceptée par la jurisprudence française, voir la décision de la 2<sup>ème</sup> Chambre de la Cour de cassation du 9 mai 1988, *Bull.* II 1988 n°111 p. 59, *D.* 1989 jurisprudence p. 289, n. Massip Jacques. La Cour a ainsi reconnu que la nouvelle législation n'empêchait pas qu'une obligation naturelle entre époux soit reconnue dans un acte sous seing privé, elle reconnaît donc la possibilité pour deux ex-époux de mettre en œuvre une pension alimentaire contractuelle.

<sup>1844</sup> Himmi-Mehrabi Maryam, *La dédramatisation du divorce dans la législation contemporaine*, Thèse dactylographiée, Université Paris II, 2006, p. 397 et s.

conséquences du divorce d'une façon plus sereine mais aussi plus globale en envisageant les interactions possibles entre les différentes obligations et en particulier en appréhendant plus calmement le lien susceptible d'exister entre la pension alimentaire pour enfant et une possible obligation en faveur du parent gardien, tout en tenant compte également des biens obtenus par le conjoint suite à la liquidation du régime matrimonial ou d'une possible prestation compensatoire.

## **§ 2. LA FAVEUR DONNÉE AU CONTRAT PAR L'ÉCONOMIE ET L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT**

**1082.** Traditionnellement les économistes ont fait du contrat la base de leur analyse (A). Il semble toutefois qu'aujourd'hui cette vision purement contractuelle soit remise en cause (B).

### **A. Les théories économiques traditionnelles**

**1083.** Le contrat est au centre des analyses économiques traditionnelles et ainsi que nous l'explique M. Postel, les économistes ne parlent que du contrat<sup>1845</sup>. Le contrat est à la base d'une économie idéale, équilibrée par une « main invisible » et donc par deux instincts naturels de l'homme déterminés par Smith : le premier étant le penchant naturel de tout individu de troquer et le second de faire en sorte que son intérêt propre de faire le plus de profit possible soit respecté. Les individus contractant librement dans leur intérêt vont alors amener l'économie à un équilibre optimal, où leurs intérêts respectifs seront protégés. Toute l'économie serait basée sur la théorie de l'offre et de la demande, les deux intervenant en concurrence parfaite s'équilibrant. Le contrat avec cette théorie traditionnelle apparaîtrait donc comme le moyen idéal d'arriver à un équilibre économique et cette idée fut reprise dans le cadre de l'analyse économique du droit.

**1084.** Apparue dès le XIX<sup>ème</sup> siècle en Europe, l'analyse économique du droit s'est particulièrement développée aux Etats-Unis dès les années quarante grâce, avant tout, aux

---

<sup>1845</sup> Postel Nicols, « Contrat, coercition et institution: un regard d'économiste », dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 69.

professeurs de l'Université de Chicago<sup>1846</sup>. Un des grands penseurs en la matière est Richard Posner, Professeur de droit à l'Université de Chicago, dont l'ouvrage *Economic analysis of Law*<sup>1847</sup> est essentiel dans ce domaine. Dans ce livre, M. Posner expose sa théorie selon laquelle l'économie peut être un élément fondamental pour l'analyse et la critique d'un certain nombre de dispositions juridiques. L'économie voit l'être humain comme cherchant à maximiser ses buts dans la vie et ses satisfactions, c'est-à-dire son intérêt personnel et à conclure des contrats, effectuer certains actes ou avoir un comportement déterminé qui iront dans ce sens. Il répond aux incitations et si son entourage se modifie et qu'il peut augmenter ses satisfactions en modifiant son comportement, il le fera la plupart du temps. L'économiste dans le cadre de l'analyse économique du droit pourra prévoir comment un texte ou une disposition légale va modifier le comportement d'une personne et envisager l'efficacité de ces règles au niveau économique, savoir si ces règles sont économiquement avantageuses pour les parties et pour l'Etat.

**1085.** Si l'on peut sans problème envisager que l'analyse économique du droit puisse avoir un rôle dans le droit des affaires ou dans le droit des contrats où chacun des partenaires cherchera à faire prévaloir ses intérêts économiques et où les confrontations entre les parties devraient permettre d'atteindre l'objectif d'efficacité économique, le droit de la famille semble en raison de sa nature même et des relations sentimentales existant entre les membres de la famille devoir être exclu de cette analyse économique. Pour un juriste français, l'idée d'une analyse économique du droit en matière familiale peut même paraître choquante. Toutefois, c'est oublier que le droit de la famille et les relations familiales en tant que telles créent de forts liens économiques entre les membres d'une même famille. La famille est longtemps apparue comme une véritable cellule économique et cela était en particulier le cas lorsque les familles étaient avant tout des familles paysannes. Certains auteurs vont même jusqu'à dire que la vision économique de la famille date du temps d'Aristote et que le mot *Econoemia* signifie la « gestion du ménage »<sup>1848</sup>. Aujourd'hui la famille garde encore ce caractère économique par le fait qu'elle n'est pas seulement une union sentimentale entre les conjoints mais aussi une union économique et les régimes matrimoniaux étudiés précédemment montrent bien l'importance du partenariat économique au sein du mariage.

---

<sup>1846</sup> Voir Mackaay Ejan, "History of Law and Economics", dans *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I, The History and Methodology of Law and Economics*, sous la direction de Bouckaert Boudewijn et De Geest Gerrit, Ed. Edward Elgar, 2000, p. 65 et s.

<sup>1847</sup> Posner Richard A., *Economic Analysis of Law*, Ed. Little, Brown and Company, 1972.

<sup>1848</sup> Voir Brinig Margaret, « Family », dans *The Elgar Companion to Law and Economics*, sous la direction de Backhaus Jürgen G., Ed. Edward Elgar, 2006, p. 103.

**1086.** Lors du divorce, les aspects économiques et pécuniaires demeurent fondamentaux et les différentes analyses économiques du droit de la famille peuvent alors nous aider lorsque nous nous interrogeons sur la manière la plus adéquate de mettre en œuvre ces conséquences à la suite du divorce. Si l'on se rapporte à l'analyse économique et aux écrits en la matière<sup>1849</sup>, le contrat est certainement une des formes les plus économiquement adaptées de mise en œuvre des relations, pécuniaires ou non, entre époux et ex-époux. En effet, chacun des conjoints dans le cadre d'un contrat va déterminer et défendre ce qui est le plus intéressant économiquement pour lui. Lors de leurs discussions, les conjoints sont les plus aptes à évaluer l'avantage ou non d'une obligation alimentaire entre ex-conjoints et la nécessité de son existence en présence d'aides sociales étatiques. Si ces aides sont peu élevées, il est certain que le conjoint dans le besoin tentera au maximum d'obtenir une aide alimentaire de son conjoint et il cherchera alors à faire valoir les avantages économiques passés dont son conjoint est le bénéficiaire. Chacun va donc discuter avec l'autre de la façon d'obtenir la situation la plus adéquate et économiquement efficiente pour tous les deux et chacun des conjoints devrait sortir « gagnant » du divorce, ou au moins voir contenter en tout ou en grande partie ses desiderata. Cela permettra alors d'une part d'éviter des conflits futurs mais aussi à chacun d'obtenir ce dont il a besoin et donc de décharger la société d'une possible aide. Le contrat apparaît donc comme la meilleure solution pour protéger les intérêts économiques de chacun et ceux de la société.

**1087.** Outre avoir l'avantage d'amener les ex-époux à déterminer la solution la plus économiquement efficiente pour chacun d'entre eux, la contractualisation des règlements post-divorce entre conjoints a pour grand avantage, dans la perspective de l'analyse économique du droit de diminuer les coûts de procédure. Cette position était soutenue dès 1972 par Richard Posner<sup>1850</sup> qui mettait ainsi en valeur que les coûts relatifs à la démonstration de la preuve étant élevés, la négociation apparaît plus économique pour les parties. Le contrat et la négociation sont donc pour les spécialistes en analyse économique du

---

<sup>1849</sup> Pour une analyse économique de la famille en France voir Lemennicier Bertrand, *Le marché du mariage et de la famille*, Collection Libre échange, Ed. PUF, 1988, et plus particulièrement la partie relative au contrat de mariage p. 101 et s, pour une analyse plus canadienne voir Trebilcock Michael J. et Keshvani Rosemin, « The Role of Private Ordering in Family Law : a Law and Economic Perspective », (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533, voir également Roy Alain, *Le contrat de mariage réinventé, Perspectives socio-économiques pour une réforme*, Ed. Thémis, 2002, p. 300 et s.

<sup>1850</sup> Posner Richard A., *Economic Analysis of Law*, Ed. Little, Brown and Company, 1972, p. 62, voir également, et plus récemment, Brinig Margaret F., « Does Mediation Systematically Disadvantage Women ? », [1995] 2 *Wm. & Mary J. Women & L.* 1, p. 1.



droit les meilleurs solutions tant en ce qui concerne l'adaptation de la solution à la réalité des parties et la possibilité pour celle-ci d'obtenir la solution qui leur sera la plus favorable, qu'en ce qui concerne, dans une vision purement matérialiste, le coût même de la procédure. Toutefois, cette vision du contrat instrument économique idéal et au prix raisonnable est désormais critiquée.

## **B. La remise en cause de la contractualisation**

**1088.** Les théories économiques contemporaines paraissent aujourd'hui remettre en cause la vision totalement contractuelle de l'économie et l'image du contrat véhiculée par les théories traditionnelles. Ces théories voyaient en effet le contrat comme une transaction entre deux individus partenaires « rationnels-égoïstes »<sup>1851</sup>, entre des individus qui ne sont pas censés se rencontrer. L'individu était envisagé en dehors de la société et donc également asocial et nous dirons même en dehors tout simplement de son « humanité ». Or, si envisager un individu rationnel en dehors de la société permet d'avoir un contrat idéal, cela amène à mettre de côté un certain nombre de problèmes liés aux individus eux-mêmes vivants en société.

**1089.** Des problèmes de types informationnels vont en effet se poser. Ces problèmes vont tout d'abord concerner l'objet lui-même du contrat et l'information le concernant et fournie par le cocontractant. Les théories économiques traditionnelles sont en effet parties du principe que le système prix en lui-même était suffisant et reflétait l'objet dans son intégralité. Or si on étudie la façon dont certaines transactions se font, on remarque que certains cocontractants ont tendance à vouloir tromper leur partenaire. Un des exemples est celui de la voiture d'occasion : certaines voitures d'occasion ont des vices cachés et certains vendeurs auront tendance à les vendre un tout petit peu moins chères que les autres. Les acheteurs achèteront alors les voitures moins chères pensant faire une bonne affaire. Ils découvriront plus tard le vice et progressivement après plusieurs ventes de ce genre, ce type de marché tombera. La conclusion d'un contrat nécessite donc une certaine information qui va au-delà du simple prix mais également une certaine confiance dans le cocontractant. La simple rationalité n'est pas suffisante. Avec la confiance, on attend aussi une certaine bonne volonté de l'autre partenaire avec une idée de donnant-donnant.

---

<sup>1851</sup> Postel Nicols, "Contrat, coercition et institution: un regard d'économiste", dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 76.

**1090.** Des problèmes informationnels se retrouvent également et plus particulièrement dans le cadre de contrats complexes où il est totalement impossible de tout prévoir. Des éléments extérieurs totalement indépendants des parties peuvent se présenter. Le cocontractant rationnel trouve alors ses limites et les éléments extérieurs retrouvent leur place.

**1091.** Enfin se posent souvent des problèmes de coordination. Le plus souvent pour qu'un contrat soit économiquement efficient, il est nécessaire qu'existe une certaine coordination entre les partenaires, qu'ils soient capables d'avoir un point de vue collectif même s'il s'agit de protéger leur intérêt personnel. Or même si les cocontractants sont suffisamment informés et qu'ils sont capables d'envisager tous les impacts de leur accord et comportement, qu'ils sont donc tout à fait « rationnels », il leur est difficile de voir cet intérêt collectif. Ainsi que nous l'explique M. Postel : « deux ou plusieurs individus qui n'auraient comme seul lien leur volonté individuelle de contracter, sans plus de repères communs, n'y parviendrait tout simplement pas »<sup>1852</sup>. Il est alors nécessaire qu'existent au-delà des deux cocontractants des règles sociales, des normes et des institutions communes qui seront la base du contrat.

**1092.** La vision totalement contractuelle de l'économie est donc actuellement remise en cause par les économistes et il y aurait même un retour du contrat à l'institution. Sans aller jusque-là, il nous semble toutefois nécessaire de nous interroger sur l'opportunité de laisser une totale liberté pour les ex-conjoints de déterminer contractuellement toutes les conséquences pécuniaires de leur divorce. Comme nous le rappelait le Juge Lebel dans la décision *Miglin*<sup>1853</sup>, lors du divorce, les ex-conjoints ne sont pas toujours capables d'évaluer objectivement la situation, leurs émotions peuvent leur donner une idée faussée de la réalité. La rationalité, qui apparaissait déjà comme insuffisante dans le cadre des contrats économiques, est certainement encore amoindrie par la séparation et les circonstances de celle-ci.

**1093.** En France, la possibilité d'une prestation compensatoire contractualisée dès le mariage a été proposée dans le cadre d'un congrès des notaires. L'objectif était alors de

---

<sup>1852</sup> Postel Nicols, "Contrat, coercition et institution: un regard d'économiste", dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, L.G.D.J., 2007, p.83.

<sup>1853</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] I R.C.S. 303, p. 421 et s.

prévoir un meilleur partage des richesses professionnelles du couple. Une telle proposition n'a pas été retenue et a fait l'objet de vives critiques, le Professeur Malaurie trouvant « stupéfiant de dire qu'on renforce le mariage » avec une telle disposition et y voyant « un nid à procès ». Toutefois, à l'inverse, le Professeur Vauvillé a expliqué, lors de ce même congrès, que la séparation est dès aujourd'hui envisagée dès le mariage et prévoir une telle disposition serait alors « un facteur d'unité »<sup>1854</sup>. Exclure d'emblée une contractualisation de la prestation compensatoire n'est peut-être alors pas la solution la plus adéquate. En effet, si la contractualisation fait donc l'objet de débat et il apparaît que le contrat peut, et doit, intervenir dans le droit des effets du divorce en raison, en particulier, de son caractère pacificateur et de sa capacité à être accepté par les parties. Son intervention, afin d'être la plus efficace, doit être encadrée.

## **SECTION II : UNE CONTRACTUALISATION NECESSAIREMENT ENCADREE**

**1094.** Si la contractualisation des relations post-divorce et, en particulier de l'obligation alimentaire entre ex-conjoints doit être encouragée, il n'en reste pas moins qu'elle doit être encadrée. En effet l'ordre public familial qui intervient toujours dans le cadre des relations pécuniaires entre conjoints (I) impose un contrôle de ces conventions et l'intervention de spécialistes du droit (II) pour assurer la protection de chacun des conjoints.

### **§ 1. UN ENCADREMENT NECESSAIRE AU NOM DE L'ORDRE PUBLIC FAMILIAL**

**1095.** Un ordre public familial, qui nécessite d'être défini (A), nous paraît nécessaire pour assurer la protection dans le cadre du divorce tant des époux affaiblis psychologiquement (B) que de ceux affaiblis économiquement (C) par la rupture de l'union.

#### **A. Définition et domaine de l'ordre public familial**

**1096.** L'article 6 du Code civil français dispose que « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Dans le cadre des dispositions relatives aux personnes et plus particulièrement dans le titre

---

<sup>1854</sup> Delzanno Clémentine, « Embarquement immédiat pour le 110<sup>ème</sup> congrès des notaires », *Droit et Patrimoine* 2014, p. 238.

concernant la jouissance et les droits civils, le Code civil du Québec prévoit pour sa part que « Dans l'exercice des droits civils, il peut être dérogé aux règles du présent code qui sont supplétives de volonté ; il ne peut, cependant, être dérogé à celles qui intéressent l'ordre public »<sup>1855</sup>. L'ordre public limite donc la liberté des individus et en particulier leur liberté contractuelle mais quel est-il, comment peut-on le définir ? L'ordre public est une notion « vague »<sup>1856</sup>, floue et changeante<sup>1857</sup>, qui selon certains ne se définit pas<sup>1858</sup> ou donne lieu à un très grand nombre de définitions<sup>1859</sup>. Si l'on essaie toutefois de déterminer ses contours, on peut alors reprendre la définition donnée par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec selon lequel l'ordre public est une « conception d'ensemble d'une société, s'exprimant dans un faisceau d'institutions fondamentales, de principes généraux et de normes impératives, destinée à protéger et à promouvoir les valeurs essentielles de la collectivité »<sup>1860</sup> puis citant le Professeur Vincent Karim, il est ajouté que « l'ordre public soumet [...] l'individu au respect de certaines règles supérieures visant le maintien de l'organisation sociale, au détriment de sa liberté contractuelle et de l'autonomie de sa volonté, principe pourtant cher au droit contractuel »<sup>1861</sup>. Le doyen G. Cornu, pour sa part, le définit en matière de droit privé comme une « norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement ni dans leurs conventions (art. 6 C.civ.) ; norme directrice qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre de protection individuelle) ; intérêt supérieur hors d'atteinte des volontés particulières contraires ; limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus » et il définit également comme ordre public de protection individuel « celui qui tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache (protection du corps humain, reconnaissance à tout être humain de la personnalité juridique, ...).

---

<sup>1855</sup> Art. 9 C.c.Q.

<sup>1856</sup> Julliot de la Morandière L., « L'ordre public en droit privé interne », dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Ed. Dalloz, 1939, p. 381.

<sup>1857</sup> Pineau Jean, « L'ordre public dans les relations de la famille », (1999) 40 *C. de D.* 323, p. 324.

<sup>1858</sup> Voir en particulier, Carbonnier Jean, *Droit civil, Les obligations*, Ed. *Thémis*, 2000, n°69 p. 145.

<sup>1859</sup> Plus de vingt définitions pour M. Malaurie, Malaurie Philippe, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953.

<sup>1860</sup> Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, *Dictionnaire du droit privé et lexiques bilingues, Les obligations*, 2003.

<sup>1861</sup> Karim Vincent, « L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », (1999) 40 *C. de D.* 403, p. 405.

**1097.** Avec ces deux définitions, il serait possible d'envisager cet ordre public comme un ensemble de principes et de valeurs qui seraient considérés comme essentiels pour l'organisation de la société, qui s'imposeraient alors aux différents membres de celle-ci et auxquels ceux-ci ne pourraient pas déroger. L'ordre public ne se limite toutefois pas aux seules lois impératives et peut intervenir de différentes manières suivant son domaine d'intervention<sup>1862</sup>.

**1098.** L'ordre public transcende tous les domaines du droit et, initialement au sein de la sphère économique, on a considéré qu'il pouvait intervenir sous deux formes. On a distingué en effet l'ordre public de direction de l'ordre public de protection<sup>1863</sup>. Dans le cadre de l'ordre public de direction, l'Etat « canalise » l'activité contractuelle et privée dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'ordre social<sup>1864</sup>. L'ordre public de protection, pour sa part tendrait plutôt à protéger une catégorie déterminée de personne et non plus toute la société<sup>1865</sup>.

**1099.** Cette distinction entre ordre public de protection et de direction s'est ensuite étendue au-delà de l'ordre public dit économique pour concerner désormais d'autres domaines. L'ordre public est en effet présent dans tous les domaines du droit et en particulier dans le cadre du droit de la famille<sup>1866</sup> et l'on parle alors d'ordre public familial. La famille étant la cellule de base de la société, l'ordre public intervient alors logiquement dans le droit de la famille et l'on parle même d'ordre public matrimonial<sup>1867</sup> voir d'ordre public de la séparation<sup>1868</sup>.

**1100.** Traditionnellement, le droit de la famille était fortement marqué par l'ordre public et plus particulièrement par un ordre public de direction, l'Etat imposant la forme de la famille qu'il considérait comme idéale, fondée sur le mariage, sous la direction du mari avec des enfants légitimes. Encore aujourd'hui, les dispositions relatives au statut personnel des

---

<sup>1862</sup> Niboyet Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, L.G.D.J., 2008, n°3, p. 2.

<sup>1863</sup> Certains auteurs parlent d'ordre public de direction économique et d'ordre public de protection sociale, voir Malaurie Philippe, Aynès Laurent et Stoffel-Munck Philippe, *Les obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 650 p. 323.

<sup>1864</sup> Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, Droit civil, *Les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, 2013, Ed. Dalloz, n° 384 p. 430.

<sup>1865</sup> Pineau Jean, *op. cit.*, p. 326.

<sup>1866</sup> Voir Duard-Berton Christine, *L'ordre public dans le droit de la famille*, Thèse dactylographiée, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2004, p. 8.

<sup>1867</sup> Voir la thèse de Frédérique Niboyet, *op. cit.*

<sup>1868</sup> Balbo Izarn Nathalie, *Conventions entre époux et divorce*, Thèse dactylographiée, Toulon, 2000.

membres de la famille, et en particulier les règles relatives à la filiation ou les règles de fond du mariage sont encore soumises à un ordre public de direction. En France, c'est au nom de cet ordre public de direction qu'a survécu jusqu'en 2013 la vision hétérosexuelle du mariage. C'est ainsi que dans l'affaire du mariage homosexuel de Bègles, dans le sud de la France, les « époux » avaient fait valoir que le ministère public ne pouvait agir que pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits portant atteinte à celui-ci. La Cour de cassation<sup>1869</sup> avait considéré que le ministère public pouvait agir pour défendre l'ordre public et que la célébration du mariage au mépris de l'opposition du ministère public ouvrait un droit de contestation du mariage. L'ordre public tenait alors une place certaine dans cette décision de rejeter le mariage homosexuel en droit français, place dont certains ne doutaient tout simplement pas<sup>1870</sup>. Il était alors de direction puisqu'il s'agissait bien d'imposer une vision hétérosexuelle du mariage, l'union d'un homme et d'une femme leur permettant de fonder une famille<sup>1871</sup>. Depuis, le législateur<sup>1872</sup> est intervenu et le mariage est désormais ouvert en France, comme au Canada<sup>1873</sup>, à tous les couples homosexuels et hétérosexuels. Il a alors permis d'étendre les droits et obligations mais aussi la protection dont pouvaient bénéficier les conjoints hétérosexuels aux couples de même sexe.

**1101.** Ainsi, si l'ordre public de direction conserve encore une importance fondamentale dans certains domaines du droit de la famille, on relève aujourd'hui un affaiblissement<sup>1874</sup> marqué de cet ordre public dans d'autres domaines et l'intervention de plus en plus certaine d'un ordre public de protection<sup>1875</sup>. Cet affaiblissement est le résultat de la montée de l'individualisme dans la société et corrélativement de la volonté des parties de régler elles-mêmes leur conflit dans le cadre de conventions. Cette évolution est en particulier très présente, dans le cadre des droits patrimoniaux, droits pour lesquels les membres de la famille ont quasiment de tout temps bénéficié d'une grande liberté et qui apparaît comme le domaine du droit de la famille le moins soumis à l'ordre public, les conventions privées étant privilégiées<sup>1876</sup>, avec l'exclusion notable toutefois en droit québécois du patrimoine familial

---

<sup>1869</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mars 2007, *Bull.* I n°113. Voir également le communiqué de la Cour de cassation accompagnant cette décision consultable sur le site internet de la Cour de cassation, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>1870</sup> « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. Civ. Dalloz*, 2004, n°132 p. 24.

<sup>1871</sup> C'est en particulier ce qui était le fondement de la décision de la Cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005.

<sup>1872</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe.

<sup>1873</sup> Le législateur canadien est en effet intervenu dès 2005 pour ouvrir le mariage aux conjoints de même sexe, *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, ch. 33.

<sup>1874</sup> Niboyet Frédérique, *op. cit.*, n°7, p. 5.

<sup>1875</sup> Voir Bénabent Alain, « L'ordre public en droit de la famille », dans *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, sous la direction de Thierry Revet, Ed. Dalloz, 1996, p. 27.

<sup>1876</sup> Duard-Berton Christine, *op. cit.*, n°11, p. 9.

qui s'impose, encore aujourd'hui, à tous les époux<sup>1877</sup>. Néanmoins, si une liberté croissante est laissée aux membres de la famille et si l'ordre public de direction perd progressivement sa place dans le cadre des règlements pécuniaires entre époux il apparaît malgré tout nécessaire de conserver un ordre public de protection mis en œuvre par le juge pour protéger les époux. Ce dernier nous semble en effet fondamental pour protéger les époux affaiblis psychologiquement par le divorce.

## **B. Protéger les époux affaiblis psychologiquement**

**1102.** La famille demeure un lieu marqué par une forte émotivité et le divorce accentue encore cette dernière. Les époux lors de la rupture du mariage sont le plus souvent incapables d'envisager sereinement leur situation ainsi que tous les différents aspects de celle-ci. Le divorce apparaît généralement comme un échec et constitue un moment de remise en cause de la vie passée et l'apparition d'incertitudes. Il met en exergue les problèmes relationnels qui existaient déjà entre les époux pendant leur mariage et leur difficulté à communiquer et à régler les problèmes<sup>1878</sup>. Même, dans le meilleur des cas, en l'absence de violence et de conflits entre époux, ceux-ci sont marqués par la faillite de leur mariage et, comme nous le fait remarquer Mme Théry<sup>1879</sup>, la recherche de la responsabilité de l'autre demeure encore fortement présente même si on tend actuellement à aller vers une objectivation du divorce. Même s'il apparaît de plus en plus tôt dans la vie du couple et même lorsqu'il intervient peu de temps après le mariage, il est rarement envisagé comme une simple formalité<sup>1880</sup>.

**1103.** M. et Mme Payne parlent aussi de divorce émotionnel (emotional divorce)<sup>1881</sup> qu'ils distinguent du divorce légal et mettent en valeur le fait qu'il reflète l'idée que les époux doivent accepter qu'ils ne construiront plus de futur ensemble. Ce divorce émotionnel intervient le plus souvent à des moments différents pour les époux, l'un acceptant souvent le principe de la séparation avant l'autre.

---

<sup>1877</sup> Voir n°292.

<sup>1878</sup> Pour voir les problèmes qui peuvent se poser pour la gestion des conflits dans le couple voir Kellerhals Jean, Widmer Eric et Levy René, *Mesure et démesure du couple, Cohésion, crises et résilience dans la vie des couples*, Ed. Payot, 2004, p. 157.

<sup>1879</sup> Théry Irène, *Le démariage, Justice et vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1996, p. 253 et s.

<sup>1880</sup> Voir les propos de Mme Dominique Salvary citée dans le cadre du *Rapport à la Garde des Sceaux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Commission sur la répartition des contentieux présidée par Serge Guinchard, Collection des rapports officiels, 2008, p. 102.

<sup>1881</sup> Payne Julien et Payne Marilyn, *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 133 et s.

**1104.** De plus, la rupture est souvent imposée par un époux à l'autre<sup>1882</sup>. C'est ainsi que l'on remarque aujourd'hui que le divorce touche certains couples pendant la grossesse même de la femme<sup>1883</sup>. L'époux auquel le divorce est imposé, peut alors réagir de différentes façons et soit accepter le divorce voire faire des concessions, soit se battre afin d'obtenir le plus de droits. Lorsque le conjoint accepte la séparation ou, en particulier, dans le cas de la femme enceinte, il est nécessaire de le protéger. En limitant la liberté totale des conjoints, l'ordre public de protection permet alors de protéger le consentement de ces conjoints et d'assurer la réalité et l'intégrité de celui-ci.

**1105.** En ce qui concerne notre étude, il semble de plus que la colère et la rancœur qui sont très présentes dans tous les divorces, semblent, au cours des dernières années, s'être particulièrement concentrées sur les règlements pécuniaires entre conjoints. En effet, les praticiens du droit, et en particulier les praticiens français, remarquent une tendance récente à une stigmatisation du conflit sur ces règlements pécuniaires du divorce. Les causes de divorce ayant été pour la plupart objectivées et le droit et les juges cherchant à pacifier le plus possible les règlements relatifs aux enfants, les règlements pécuniaires demeurent le seul domaine où les conjoints peuvent encore entrer en conflit<sup>1884</sup>. Or ce conflit est nécessaire pour mettre fin à l'union, il agit comme une sorte de thérapie pour le conjoint qui n'a pas souhaité la séparation voire pour les deux conjoints. Même si la société actuelle cherche à objectiver le divorce et à éviter tout conflit, celui-ci demeure nécessaire et fait partie du processus de divorce. Nier cette évidence a pour conséquence que, si l'on évite toute opposition entre les époux au moment du divorce, ce conflit réapparaîtra plus tard, à l'occasion d'une révision d'une pension alimentaire ou de la détermination de la résidence d'un des enfants. Intervenir au nom de l'ordre public de protection au moment de la conclusion de conventions entre époux divorcés permet ainsi de prévenir toute procédure ultérieure, de protéger les intérêts des époux au moment de la rupture et pour l'avenir mais également ceux des enfants en évitant que ceux-ci soient au centre de conflits ultérieurs.

---

<sup>1882</sup> Bastard Benoit, *Les démarieurs, Enquêtes sur les nouvelles pratiques du divorce*, Ed. La Découverte, 2002, p. 29.

<sup>1883</sup> Mme Dominique Salvary, *op. cit.* p. 102.

<sup>1884</sup> C'est en particulier ce qui a été soutenu par les différents professionnels, juge, avocat et notaire, présents lors de la table ronde relative à question de « la suppression de la masse commune compliquerait-elle le règlement amiable des divorces ? » lors du colloque *La communauté entre époux : bilan critique*, Grand'Chambre de la Cour de cassation, Paris, 27 novembre 2008.



**1106.** Cette intervention de l'ordre public doit également être renforcée dans le cas des violences conjugales. Dans ce cas particulier, la conclusion de conventions entre les conjoints doit tout simplement être évitée, l'un des deux conjoints pouvant imposer ses intérêts aux dépens de l'autre et le juge doit être le seul à décider des effets. Il peut d'ailleurs être intéressant de constater que la médiation qui tend aujourd'hui à être considérée comme un mode de règlement des conflits à privilégier, est déconseillée dans le cas précis où il existe des violences entre les conjoints<sup>1885</sup>.

**1107.** L'intervention de l'ordre public est donc fondamentale pour la protection d'un ou des deux époux qui sont le plus souvent dans un état de faiblesse psychologique et n'appréhendent pas réellement l'étendue et l'importance des obligations déterminées dans le cadre de la convention. Elle permet tout simplement et par là même de faire en sorte que le consentement des époux soit respecté. Mais elle est aussi, et surtout, essentielle lorsque le ou les époux sont affaiblis économiquement.

### **C. Protéger les époux affaiblis économiquement**

**1108.** L'intervention du juge et d'un ordre public de protection peut tout d'abord imposer de protéger certaines catégories de la société qui en raison de problèmes économiques ne peuvent pas faire appel à la négociation et donc à la contractualisation. C'est en particulier le cas des catégories défavorisées de la population qui, contrairement aux classes moyennes et supérieures, ne sont pas en mesure d'utiliser correctement les conventions entre conjoints, n'ayant pas les moyens économiques et intellectuels (lorsqu'en particulier, et par exemple, l'épouse n'a pas de formation professionnelle), pour négocier<sup>1886</sup>. On a constaté que dans les classes défavorisées la proportion de divorces pour requête conjointe est inférieure à celle existant dans les classes moyennes et supérieures<sup>1887</sup>. L'ordre public de protection oblige donc à intervenir pour protéger ces catégories défavorisées et leur

---

<sup>1885</sup> C'est ainsi que le nouveau Code de procédure civile du Québec prévoit que les parties peuvent être exemptées de séance d'information si elles déposent une attestation qui confirme « qu'elles se sont présentées à un service d'aide aux victimes reconnu par le ministre de la Justice en invoquant être victime de violence conjugale » (art. 417 alinéa 2). Le tribunal toutefois imposer une telle séance si elle est nécessaire dans l'intérêt de l'enfant. Le tribunal doit également tenir compte de l'équilibre des forces en présence ou de l'existence ou non de violences conjugales lorsqu'il prend la décision de suspendre l'instance pour permettre une médiation (art. 420 al. 2).

<sup>1886</sup> Commaille Jacques, « Famille : entre émancipations et protection sociale », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 243 et s.

<sup>1887</sup> Commaille Jacques, *op. cit.*, p. 247.

donner la possibilité et les connaissances pour pouvoir négocier en toute connaissance en présence d'un juriste ou d'un représentant de la justice.

**1109.** Cet accompagnement et cette protection des époux seront également d'autant plus nécessaires lorsqu'un seul des conjoints se trouve dans une situation d'infériorité économique. Cette situation est loin d'être rare et c'est en particulier le cas lorsque l'un des époux est dans le besoin alors que son époux dispose de moyens suffisants pour vivre. L'époux qui réclamera alors des aliments à son conjoint n'est certainement pas en position favorable dans la négociation et l'ordre public de protection impose alors qu'existe une procédure pour le protéger face à son conjoint.

**1110.** Une autre remarque relative à la situation économique d'un des conjoints concerne plus particulièrement les femmes. On a soutenu, notamment, que d'une façon générale, au Canada, les femmes, dans le cadre de la médiation, préféreraient défendre les intérêts de leurs enfants et la garde de ceux-ci que de se battre pour leur propre pension alimentaire. Elles seraient alors généralement défavorisées par la médiation et bénéficieraient moins souvent d'une pension alimentaire que lorsque la décision est seulement rendue par le juge sans convention entre les parties<sup>1888</sup>. La protection des épouses est alors nécessaire voire fondamentale dans le cadre de la négociation des conventions.

**1111.** Dans la suite de la tendance de certains économistes à limiter la liberté totale en matière contractuelle, certains analystes économiques du droit ont même envisagé cette protection et cet encadrement afin de tenir compte du capital humain et par là même du travail des femmes au foyer. Pour M. Trebilcock<sup>1889</sup>, la compensation du travail fourni par un conjoint, généralement la femme, pendant le mariage ne peut pas se faire par la simple convention des parties et un fondement légal et juridique est également nécessaire pour cet équilibre. Ce n'est, selon cet auteur, qu'avec un arrière-plan légal approprié ou avec l'existence d'une règle par défaut adéquate que la négociation peut se faire dans de bonnes conditions et les intérêts des parties peuvent être respectés. Ainsi d'une façon générale, tout

---

<sup>1888</sup> Voir l'article de Grassby Miriam, "Two Incomes in Couple: Presumption of Need for the Lower Income Spouse", (2004) *Can. J. Fam. L.* 321, n°8 et s.

<sup>1889</sup> Trebilcock Michael J., *The limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, p. 46 et s.

contrat qu'il soit économique ou non, intervient dans le cadre d'un régime de droits reconnus et protégés par l'Etat<sup>1890</sup>.

**1112.** Il est utile de constater que protéger l'époux économiquement faible revient également, et le plus souvent, à protéger également les enfants qui vivent avec lui. Lorsque le parent ayant la garde de l'enfant se retrouve économiquement défavorisé à la suite du divorce, l'enfant souffre également de cette situation. L'ordre public de protection doit alors intervenir mais l'ordre public peut également, et dans ce cas, devenir un ordre public de direction. En effet, à défaut d'aide économique de l'ex-époux à son ex-conjoint et à l'enfant dans le besoin, c'est la société qui devra intervenir pour fournir les aides nécessaires à la survie de ces deux personnes. La société dans son ensemble peut donc avoir intérêt à ce que l'ex-époux gardien reçoive les moyens nécessaires pour vivre dans le cadre des règlements pécuniaires consécutifs au divorce plutôt qu'avec la solidarité publique. Ceci est d'ailleurs d'autant plus important que l'Etat perd progressivement sa place d'Etat providence<sup>1891</sup>. Une telle remarque est fondamentale en ce qui concerne les enfants mais il nous semble également qu'un tel ordre public impératif peut aussi intervenir pour le conjoint dans le besoin. En effet, celui-ci, s'il ne reçoit aucune aide de la part de son ex-époux, sera à la charge de la société et cette dernière a alors intérêt à ce que ce soit la solidarité familiale, ou tout du moins privée qui joue, plutôt que la solidarité étatique. C'est d'ailleurs ce qu'avait reconnu la Cour suprême canadienne dans la décision *Bracklow c. Bracklow* en mettant en œuvre une pension alimentaire non compensatoire correspondant à une obligation sociale fondamentale et en reconnaissant qu'il peut, dans le cas d'un mariage fondé sur l'obligation mutuelle et donc avec l'idée que les conjoints subviennent chacun aux besoins de l'autre, sembler « injuste d'obliger un ex-partenaire sans ressources à rejoindre les rangs des assistés sociaux »<sup>1892</sup>. Face à la crise économique mondiale qui sévit actuellement dans le monde et impose aux Etats de faire des choix fondamentaux dans la solidarité, il est certain qu'une telle idée d'imposer une solidarité entre ex-époux devrait s'imposer, l'Etat n'ayant plus les moyens d'aider les citoyens dans le besoin. L'ordre public de direction réapparaîtrait alors pour imposer la vision d'une famille solidaire pendant la vie commune mais également à la disparition de celle-ci.

---

<sup>1890</sup> Trebilcock Michael J., *op. cit.* p. 44.

<sup>1891</sup> Voir n°633 et s.

<sup>1892</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420, n°31. Voir n°556 et s.

**1113.** Enfin, un tel encadrement doit également se faire pour tous conjoints dans un objectif tout simplement pratique. La convention post-divorce a pour objet de déterminer les conséquences du divorce entre conjoints et en particulier les conséquences pécuniaires à venir de la rupture. Ces dernières ne doivent ainsi pas être envisagées au seul jour du divorce mais également dans l'avenir. Or les époux devront être à même de prévoir sereinement et objectivement leur situation économique et professionnelle dans cinq, dix ou quinze ans, ce qui est rarement le cas et même s'ils ne sont pas dans une situation d'infériorité économique ou psychologique, les ex-conjoints ont rarement la capacité d'envisager l'avenir et toutes les conséquences que le divorce pourra avoir. Dans le cas d'une obligation alimentaire, un conjoint créancier pourra même envisager ou espérer que sa situation économique s'améliorera rapidement, qu'il retrouvera rapidement un emploi et son indépendance économique, et qu'il n'a besoin que d'une pension alimentaire pendant une période limitée dans le temps. Dans les faits, la situation n'est toutefois pas aussi favorable et un regard objectif pourrait constater les problèmes existant sur le marché du travail et la nécessité d'envisager le versement d'une pension alimentaire sur une période plus longue. Cet argument pratique tenant à la spécificité même du régime des obligations entre ex-époux renforce alors l'idée de la nécessité de mettre en œuvre un certain encadrement pour ces conventions.

**1114.** L'ordre public qu'il soit de protection ou de direction impose donc de ne pas laisser une totale liberté aux ex-conjoints pour déterminer les effets de leur divorce et en particulier le sort d'une possible pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire. Il est particulièrement fondamental en cas de renonciation à une telle pension ou prestation et il peut être intéressant de constater que dans certains pays où la liberté contractuelle des conjoints était un principe de base, la jurisprudence est revenue en arrière pour imposer de nouveau un ordre public de protection qui permet de remettre en cause des conventions considérées comme étant unilatérales et ne favorisant qu'un seul des époux. C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue en droit allemand, à la surprise de la doctrine<sup>1893</sup>.

**1115.** Les époux en Allemagne peuvent conclure des accords relatifs à leurs pensions post divorce dans le cadre même du contrat de mariage, et peuvent, en particulier, renoncer à une telle pension<sup>1894</sup>. La Cour constitutionnelle allemande, dans une décision du 6 février

---

<sup>1893</sup> Niboyet Frédérique, *op. cit.*, n°396, p. 205.

<sup>1894</sup> § 1585 c BGB.

2001<sup>1895</sup>, après avoir rappelé l'importance de la liberté des conventions matrimoniales, a toutefois considéré que cette dernière ne s'appliquait pas dans une situation très inégalitaire et lorsque les obligations sont imposées de manière unilatérale. En l'occurrence, l'épouse âgée de 26 ans, mère d'un enfant handicapé d'un premier mariage et enceinte d'un second avait signé le contrat de mariage prévoyant une séparation de biens et une renonciation des deux époux anticipée et réciproque à toute pension post-divorce. La Cour constitutionnelle demandait alors aux juges de vérifier les conventions au regard des « principes généraux du droit civil » (zivilrechtliche Generalklauseln) prévus aux § 138 relatif au respect des bonnes mœurs et § 242 relatif à la bonne foi. La Cour fédérale de justice (BGH, équivalent de la Cour de cassation française) a ensuite appliqué cette jurisprudence dans une décision du 11 février 2004<sup>1896</sup>. Elle a alors élaboré la théorie du « noyau dur » des effets du divorce (Kernbereich des Scheidungsfolgensrechts)<sup>1897</sup>. Dans ce noyau se trouvent les effets du divorce qui sont le plus soumis à l'ordre public. Plus on s'éloigne de ce noyau, moins ces effets sont d'ordre public. Les effets qui sont les plus proches de ce noyau, sont en premier lieu la pension octroyée au conjoint qui ne travaille pas pour s'occuper des enfants et, au deuxième rang, la pension octroyée en raison de l'âge ou de la maladie. Les juges doivent effectuer un premier contrôle, contrôle de validité (Wirksamkeitskontrolle)<sup>1898</sup> fondé sur le § 138 et le respect des bonnes mœurs<sup>1899</sup> et pour cela se placent au moment de la conclusion de la convention et ils analysent la situation tant d'un point de vue subjectif avec les attentes des époux qu'au regard de la situation objective, généralement économique, des parties pour voir si l'un des conjoints était défavorisé. Si les bonnes mœurs sont respectées, les juges doivent ensuite effectuer un second contrôle, contrôle d'exercice (Ausübungskontrolle), et vérifier la bonne foi sur le fondement du § 242 BGB. Ils vont se placer au moment du divorce et étudier si le conjoint qui devrait être débiteur de la pension peut en toute bonne foi faire valoir la clause et si celui qui est défavorisé avait envisagé cette situation au moment de la signature de la renonciation. Toutefois la remise en cause de la renonciation en l'absence de toute compensation pour une pension proche du noyau n'est pas automatique et les juges doivent regarder au cas par cas. Ils pourront, par exemple, considérer valable une clause de renonciation à une pension en raison de l'âge, si le mariage a eu lieu à un âge élevé des parties et que cette problématique de

---

<sup>1895</sup> BverfG, 6 février 2001, 1 BvR 12/92

<sup>1896</sup> BGH, 11 février 2004, XII ZR 265/02

<sup>1897</sup> Voir Schwab Dieter, *Familienrecht*, 22<sup>ème</sup> édition, Ed. C.H. Beck, n° 469, p. 217.

<sup>1898</sup> Schwab Dieter, *op. cit.*, n°117 et s., p. 97 et s.

<sup>1899</sup> La notion de bonnes mœurs n'est pas des plus simples à définir, le Tribunal d'Empire (15 octobre 1912, *RGZ* 80, p. 221) les appréciaient comme « le sentiment des convenances de tous ceux qui pensent juste et équitablement ». On considère qu'elle fait plus généralement référence à la morale sociale allemande, voir Ferrand Frédérique, *Droit privé allemand*, Ed. Dalloz, 1997, n°220, p. 249.

l'âge était déjà présente au moment du mariage. Cette vérification concerne désormais toutes les conventions passées par les époux relativement aux effets d'un hypothétique divorce et fait jouer l'ordre public de protection en Allemagne en faveur d'un conjoint défavorisé par des clauses de renonciation. Alors que la liberté de ces conventions était fondamentale en Allemagne, la jurisprudence est revenue en arrière pour renforcer l'ordre public de protection. La mise en œuvre de cet ordre public oblige donc à instaurer un encadrement de la convention, encadrement qui se fait en Allemagne avec « les principes généraux du droit civil ».

## **§ 2. L'ENCADREMENT DE LA CONVENTION**

**1116.** L'encadrement de la convention doit se faire par la mise en œuvre, dans l'intérêt de la société, de grands principes directeurs (A) mais aussi par l'intervention d'autorités judiciaires et d'auxiliaires de justice pour la protection plus particulière des conjoints (B).

### **A. Intérêt de la société et mise en œuvre de lignes directrices ou de principes directeurs légaux**

**1117.** Marjorie Maguire Shultz dans son article « Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy »<sup>1900</sup>, considère que l'Etat peut intervenir tant pour déterminer les obligations qui pèsent sur les conjoints que pour résoudre les conflits susceptibles de se produire relativement à ces obligations. Elle détermine alors quatre façons d'agir pour l'Etat. La première est de déterminer toutes les obligations et leur caractère sanctionnable. La seconde est de déterminer les obligations des conjoints sans pour autant les sanctionner. La troisième est de déléguer aux conjoints la plupart des droits et obligations du mariage et de reconnaître à ceux-ci un caractère sanctionnable. Enfin, en quatrième lieu, l'Etat peut choisir de se retirer totalement de la sphère matrimoniale en refusant de prescrire des droits et obligations au mariage et en ne sanctionnant pas ceux mis en place par les conjoints.

**1118.** Si Mme Shultz avait imaginé des façons d'agir de l'Etat pour les obligations relatives au mariage, il est tout à fait possible de les envisager également pour les obligations

---

<sup>1900</sup> Maguire Shultz Marjorie, « Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy », [1982] 70 *California Law Review* 204, p. 211 avec l'analyse des différentes façons dont l'Etat peut intervenir.

post-divorce. Mme Shultz considérait que la meilleure solution était la troisième, celle par laquelle l'Etat déléguait, sous réserve d'obligations de droit public, certains droits et obligations aux conjoints tout en sanctionnant leurs choix. Nous rejoignons également cette position pour le divorce et considérons en effet qu'il peut être opportun pour l'Etat de laisser une certaine liberté pour les conjoints dans la détermination de leurs obligations post-divorce tout en encadrant ces obligations par des principes légaux d'ordre public et en les sanctionnant. En effet, si une certaine liberté doit être laissée aux ex-conjoints pour régler eux-mêmes les conséquences de leur divorce, il n'en demeure pas moins que des lignes directrices ou principes fondamentaux sont essentiels tant pour respecter ces conjoints que la société d'une façon générale et permettent de mettre en œuvre un véritable ordre public familial dans le cadre des règlements pécuniaires entre ex-conjoints.

**1119.** Aujourd'hui déjà, les droits sur lesquels les conjoints vont pouvoir se prononcer constituent des droits dont les époux n'ont pas toujours la libre disposition et pour lesquels l'intérêt de la société impose un certain formalisme. Il en est ainsi, en particulier, de la prestation compensatoire française. Cette prestation est d'ordre public<sup>1901</sup> et les conjoints ne peuvent pas transiger sur cette prestation avant toute mise en œuvre de la procédure de divorce. La Cour de cassation<sup>1902</sup> reconnaît expressément cette interdiction de transiger et la prestation compensatoire en France est toujours fixée dans un cadre judiciaire soit par le juge lui-même soit par une convention des parties homologuée par le juge. Il s'agit alors de protéger les conjoints et ce non seulement en raison, selon la Cour de cassation, du caractère alimentaire de cette prestation mais également en raison de son caractère d'ordre public et aussi de son fondement indemnitaire car, comme nous le fait remarquer M. David<sup>1903</sup>, citant le doyen Carbonnier, « l'action en responsabilité civile a un certain caractère d'ordre public ». La Cour de cassation<sup>1904</sup> sanctionne alors les conventions avant divorce transigeant sur une prestation compensatoire par une nullité absolue et même si certains auteurs<sup>1905</sup> critiquent cette sanction, on ne peut douter du caractère d'ordre public de la prestation.

---

<sup>1901</sup> Courbe Patrick, *Droit de la famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2005, n°484 p. 204.

<sup>1902</sup> La décision de principe, en l'occurrence, est la décision de la 2<sup>ème</sup> Chambre civile du 21 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1989 I jurisprudence p. 38, n. Massip Jacques.

<sup>1903</sup> David Stéphane, Commentaires sous Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 2004, *AJ Fam.* n°3/2004, p. 101, et plus particulièrement p. 102.

<sup>1904</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 2004, *AJ Fam.* n°3/2004, p. 101, n. David Stéphane, *RTDCiv.* Avril/juin 2004 p. 272, n. Hauser Jean.

<sup>1905</sup> Hauser Jean, *op. cit.*, p. 273.

**1120.** La mise en œuvre de lignes directrices d'ordre public pour entourer les conventions entre conjoints n'est donc pas absente des droits étudiés. Ainsi le droit canadien du divorce, nous l'avons vu, énonce des objectifs généraux qui doivent être respectés par le juge lorsqu'il octroie une pension alimentaire. Ces objectifs tendent à la fois à l'indemnisation du conjoint qui a sacrifié sa carrière pour s'occuper des enfants et du foyer, et donc à l'indemnisation pour le préjudice subi en conséquence du mariage, qu'à l'indemnisation des préjudices économiques nés de sa rupture, ce que nous rapprochons d'une obligation alimentaire post-divorce. Ces objectifs ont été mis en place afin de donner des directives aux juges mais ils ne disparaissent pas pour autant lorsque ce sont les parties qui mettent en place une obligation alimentaire dans le cadre d'une convention de divorce. En effet, dans l'arrêt *Miglin*<sup>1906</sup>, la Cour suprême du Canada, nous l'avons vu, dans sa première étape d'appréciation de la possibilité d'une modification de la convention entre époux, a considéré que le juge devait vérifier que les parties avaient bien respecté les objectifs prévus dans la Loi sur le divorce de 1985. Les objectifs de la Loi de 1985 apparaissent donc bien comme des lignes directrices fondamentales mises en place dans un but de protection des conjoints mais aussi de leurs enfants puisque l'un d'entre eux prévoit également expressément de dédommager le conjoint qui a la garde des enfants pour les soins relatifs à celui-ci, et cela en plus de l'obligation alimentaire de ces enfants<sup>1907</sup>.

**1121.** Le droit français, en ce qui le concerne, prévoit simplement que le juge doit vérifier que les conventions, dans le cadre d'un divorce pour requête conjointe, respectent suffisamment les intérêts des enfants et des époux<sup>1908</sup>. Une telle disposition est également prévue pour les conventions qui sont soumises au juge par les époux pendant l'instance pour régler tout ou partie des conséquences du divorce<sup>1909</sup> dans les autres cas de divorces. La ligne directrice générale qui s'applique en l'occurrence est donc celle de l'intérêt des enfants et des époux. L'idée de protection que l'on retrouve dans les objectifs canadiens n'est alors pas absente des dispositions françaises et on constate qu'il existe dans les deux droits une volonté de vérifier que les conventions entre conjoints sont équitables.

**1122.** Afin de pouvoir concilier au mieux les intérêts privés des conjoints et l'intérêt général, il nous semble alors important de mettre en œuvre de tels lignes ou principes en nous

---

<sup>1906</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

<sup>1907</sup> Art. 15.2 (6) b) L.D.

<sup>1908</sup> Art. 232 al. 2 C.civ. *a contrario*

<sup>1909</sup> Art. 268 al. 2 C.civ.



inspirant des lignes et objectifs existant déjà et en particulier de ceux fixés dans le cadre de la Loi sur le divorce canadienne. Ainsi, il serait possible d'envisager un principe général formulé de la façon suivante : « le règlement pécuniaire des effets du divorce doit tendre à compenser les inconvénients économiques nés du mariage et des choix faits pendant celui-ci, à compenser les inconvénients nés de la garde des enfants par l'un des conjoints après la dissolution de celui-ci et, dans la mesure du possible, à faire en sorte que l'ex-conjoint dans le besoin puisse obtenir de façon exceptionnelle et temporaire les moyens pour vivre ». Ces objectifs s'adresseraient alors tant au juge qu'aux parties lorsqu'elles détermineraient seules, dans le cadre d'une convention, les conséquences de leur divorce. Le juge, dans ce dernier cas, pourrait lors de ses vérifications revoir la convention afin qu'elle respecte ces objectifs à la demande d'une ou des deux parties au moment du prononcé du divorce ou ultérieurement, dans le cadre d'une demande en modification de la convention. Un des motifs pour demander la révision de la convention pourrait être le non-respect par la convention des objectifs posés par la loi et l'on pourrait, dans le cadre particulier de la pension alimentaire, envisager que l'un des conjoints dans le besoin utilise ce moyen pour obtenir une aide de son ex-époux, aide que ce dernier lui aurait refusé au moment de la rédaction de la convention.

**1123.** Il est également fondamental que l'Etat aille au-delà de ces simples lignes directrices et propose des modèles d'institutions types pour les conjoints ou ex-conjoints, institutions parmi lesquelles ces derniers seraient libres ou non de choisir<sup>1910</sup> et qui pourraient être celles proposées dans le titre premier de cette partie : prestation compensatoire, pension alimentaire, indemnité pour garde d'enfant ou indemnité pour enrichissement sans cause. Ces institutions pourraient servir d'exemple pour les conjoints souhaitant régler par convention les conséquences de leur séparation et, s'ils décidaient de ne pas suivre ces exemples, ils seraient toutefois tenus de respecter les lignes directrices au nom de l'ordre public de protection.

**1124.** Si la possibilité de la révision de la convention passée par les conjoints nous semble devoir être ouverte en cas de non-respect des objectifs ou lignes directrices fixés par la loi pour les règlements pécuniaires des conséquences du divorce ou lorsque les circonstances ont changé ne permettant ainsi plus à la convention de respecter de tels objectifs, il nous paraît toutefois préférable que cette convention soit négociée dès le départ de façon équitable et respectueuse des intérêts des deux époux afin d'en assurer une bonne exécution par ces

---

<sup>1910</sup> Voir Shultz Marjorie Maguire, « Contractual Ordering of Marriage : A New Model for State Policy », [1982] 70 *Cal. L. Rev.* 204, p. 331 et s.

conjoint. L'intervention des juges et des auxiliaires de justice est alors fondamentale pour ce type de négociation. Afin d'assurer le respect de ces lignes directrices et de faire en sorte que chaque conjoint prenne sa décision en toute connaissance de cause, il nous semble essentiel de faire en sorte que les époux soient accompagnés de juristes ou de spécialistes du contentieux du divorce lors de la rédaction de leur convention mais aussi que cette convention soit soumise au juge afin qu'il en vérifie l'équité et révisé ou annule une convention qui ne respecterait pas ces lignes.

## **B. La protection des intéressés par l'intervention des juges et auxiliaires de justice**

**1125.** Si les époux sont certainement les mieux placés pour connaître leur situation personnelle et économique au moment de leur séparation, l'état émotionnel dans lequel ils se trouvent lors de la rupture ne leur permet pas toujours d'appréhender cette situation actuelle et future de la manière la plus objective. De plus, malgré l'adage précisant que nul n'est censé ignorer la loi, seuls des juristes sont à même de leur proposer les instruments juridiques adaptés à leur situation et de les aider au mieux. Traditionnellement, une première aide pouvait être cherchée par les époux auprès de leur avocat mais, aujourd'hui, l'intervention d'autres auxiliaires de justice, comme les notaires ou plus récente comme les médiateurs, peut également être importante (1). De plus, si un premier projet de convention peut être réalisé avec l'aide de ces auxiliaires, nous considérons encore aujourd'hui que l'intervention du juge, dans un domaine où l'ordre public et l'intérêt de la société ont leur importance, demeure fondamentale pour vérifier, mettre en œuvre cette convention voire, *a posteriori*, la modifier (2).

### *1. La nécessaire intervention des auxiliaires de justice pour accompagner les époux dans leurs négociations*

**1126.** Différents auxiliaires de justice sont susceptibles d'intervenir pour l'élaboration d'une convention entre conjoints. Si l'avocat est toujours apparu comme l'auxiliaire de justice traditionnel (et obligatoire) du divorce (a), son rôle s'est toutefois modifié au cours des dernières années et de défenseur et il est devenu un véritable accompagnateur dans la négociation entre les époux. Cette évolution a certainement été influencé par l'apparition de nouveaux acteurs que sont les médiateurs (b) et, en droit

canadien, les arbitres (c) et, corrélativement, par le nouvel essor des modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la famille en France<sup>1911</sup> mais aussi au Canada. De même, le rôle du notaire (d) est également amené à évoluer.

*a. L'avocat : conseiller, défenseur et négociateur*

**1127.** On constate depuis quelques années une véritable mutation dans le mode de règlement des conflits familiaux, l'évolution allant vers une intervention croissante des modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Le rôle de l'avocat est alors amené à évoluer et l'avocat qui était traditionnellement le défenseur des intérêts de son client et conseiller de celui-ci ( $\alpha$ ), devient progressivement un négociateur et un accompagnateur des époux dans leurs négociations dans le cadre du droit de la famille collaboratif et de la procédure participative française ( $\beta$ ).

*$\alpha$ ) Le rôle traditionnel de l'avocat : conseiller et défenseur*

**1128.** Les avocats sont traditionnellement considérés comme étant les conseillers directs des parties et les plus à même pour leur recommander les moyens juridiques les plus adéquats pour régler conventionnellement les conséquences pécuniaires du divorce. Ce rôle est présent dans les deux droits même si on remarque actuellement une évolution dans leur mode d'intervention. Dans les deux droits, les époux doivent faire appel à un avocat pour pouvoir divorcer et le droit canadien, par ailleurs, confie expressément à l'avocat le mandat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier et de régler à l'amiable, entre autres, les questions relatives aux aliments<sup>1912</sup>. En France, l'assistance de l'avocat est obligatoire dans le cadre d'un divorce et l'on considère en effet que la rupture de l'union est un enjeu suffisamment important pour que chacun des époux soit conseillé et représenté par chacun un avocat ou un avocat commun<sup>1913</sup>.

---

<sup>1911</sup> Larribeau-Terneyre Virginie, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. Fam.* mai 2012, étude n°12.

<sup>1912</sup> Voir Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 451 et s. Art. 9 (2) de la Loi sur le divorce : « Il incombe également à l'avocat de discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation ».

<sup>1913</sup> Voir Courbe Patrick, *Droit de la famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2005, p. 162.

**1129.** Les époux qui souhaitent divorcer, sont ainsi obligés d'être représentés par un avocat et de façon traditionnelle, le rôle premier de ce celui-ci était de défendre les intérêts de son client et il n'apparaissait de façon neutre dans le conflit que lorsque les deux époux étaient tous deux représentés par le même avocat, c'est-à-dire essentiellement dans des demandes de divorce sur requête conjointe en France et au Canada dans les cas où les époux ont vécu séparés pendant au moins un an. La déontologie des avocats au Québec leur impose toutefois de n'entreprendre une procédure conjointe ou une médiation que lorsque l'avocat est certain d'être absolument impartial<sup>1914</sup>. L'avocat doit de plus renseigner ses clients à ce sujet.

**1130.** Cette absence de neutralité, à l'exception du cas où il y a représentation conjointe, a alors pour conséquence que l'avocat n'est pas toujours le plus à même de permettre la négociation. Toutefois, ce rôle est en train d'évoluer et comme nous l'explique Mme Deville le rôle du bon avocat « n'est plus celui qui cherche à obtenir un résultat supérieur aux attentes de son client mais celui qui donne raison à ce client, même si ce dernier fait des concessions qui lui paraissent excessives »<sup>1915</sup>. Elle considère qu'aujourd'hui la négociation se déplace de plus en plus vers l'avocat qui voit d'ailleurs son importance augmenter au détriment du juge. Il devient alors de plus en plus négociateur et cette compétence s'est en particulier développée avec le droit de la famille collaboratif.

*β) Le nouveau rôle : l'avocat négociateur et conciliateur – l'apparition du droit de la famille collaboratif et de la procédure participative*

**1131.** Comme le remarquent M. et Mme Payne<sup>1916</sup>, au Canada les époux ne sont en conflit ouverts devant la Cour pour régler le partage de leurs biens ou la garde des enfants que dans 4% des cas. Le plus souvent, les parties ont négocié et tranché leurs différends avant même d'aller devant le juge. La négociation apparaît comme le mode le plus efficace pour régler les conflits et elle dépend très fortement des avocats qui vont passer du temps à discuter avec leur client et à engager des négociations entre eux. Le rôle de l'avocat va au-delà de la

---

<sup>1914</sup> Doray Raymond, « Le devoir de confidentialité et le conflit d'intérêts », dans *Ethique, Déontologie et pratique professionnelle*, Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 1, 2014, p. 69.

<sup>1915</sup> Deville Anne, « Une nouvelle normativité contractuelle dans les conflits familiaux. Le divorce négocié », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 416.

<sup>1916</sup> Payne Julien et Payne Marilyn, *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011, p. 145 et s.

simple représentation de son client et devient négociateur<sup>1917</sup>. Cette négociation est généralement informelle même si un calendrier peut être déterminé par les avocats. Ce n'est en revanche pas le cas du droit collaboratif qui a encadré la négociation et va même au-delà avec une véritable obligation de résultat pesant sur ces avocats. Apparue en Amérique du Nord et déployée, entre autres, au Canada, le droit de la famille collaboratif a alors inspiré la procédure participative institutionnalisée en droit français avec la loi du 22 décembre 2010<sup>1918</sup>.

### ➤ Le droit de la famille collaboratif

**1132.** L'évolution du rôle de l'avocat pour devenir négociateur a été particulièrement marquée par l'apparition d'un nouveau mode alternatif de règlement des conflits : le droit de la famille collaboratif<sup>1919</sup>. Créé par Stuart Webb<sup>1920</sup>, un avocat de Minneapolis, en janvier 1990, ce droit collaboratif s'est développé dans la plupart des Comtés américains, en Australie en Nouvelle-Zélande, au Canada et plus récemment en Angleterre, en Ecosse et en Irlande. C'est un processus de négociation impliquant quatre personnes, soit les deux conjoints qui divorcent ou qui se séparent comme principaux négociateurs et leurs avocats respectifs qui les conseillent et les assistent<sup>1921</sup>. Le but des avocats est de favoriser les échanges entre les parties et le règlement du divorce et, en cas d'échec de la négociation, ils s'engagent à se retirer du dossier, les conjoints allant alors devant le juge avec d'autres représentants. En début de procédure de négociation tant les avocats que les conjoints signent un contrat selon lequel ils s'engagent, pendant le processus, à ne pas se rendre devant les tribunaux. Un véritable travail d'équipe s'instaure ainsi entre les quatre protagonistes afin de trouver un accord. Contrairement à la médiation aucun tiers n'intervient et ce sont les avocats

---

<sup>1917</sup> Voir pour cette modification du rôle de l'avocat en France avec l'apparition de la procédure participative Junod-Fanget Laurence, « Exercer autrement », *AJ Fam.* 2013 p. 536.

<sup>1918</sup> Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementaires et aux experts judiciaires.

<sup>1919</sup> Voir Butruille-Cardew Charlotte, « Le droit de la famille collaboratif » (*Collaborative Law*), *AJ Fam.* 2007 p. 29, Shea Martha et Clairmont Suzanne, « Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », dans *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat*, Service de formation continue du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 2006 p. 105, Cressent Aurore, Pical Tiphaine, Rein-Lescastereyres Isabelle, Robbe-Phan Charlotte, « Fiche Pratique : le droit collaboratif de A à Z – Du praticien débutant au praticien expérimenté », *AJ Fam.* 2010 p. 260, Deflers Elisabeth, « Le processus collaboratif comme traitement de la crise », *Revue Lamy Droit Civil* 2008, n° 54 p. 35. Voir également Brodeur Marie-Josée et Prémont Claudia, « Le droit de la famille collaboratif : un processus de résolution des conflits sans la menace d'avoir recours aux tribunaux », *R.R.J.* 2009 p. 77.

<sup>1920</sup> Shea Marthe et Clairmont Suzanne, *op. cit.*, p. 110.

<sup>1921</sup> Voir le site web du Groupe de droit collaboratif du Québec, <http://www.droitcollaboratifquebec.ca/fr/droitCollaboratif/principes.asp>

qui vont mettre en œuvre tout le processus de négociation, de communication, de respect entre les parties et de pacification du conflit entre les conjoints. Ils continuent à représenter les intérêts de leurs clients mais ils doivent également écouter l'autre partie pour chercher à concilier les intérêts des deux époux. Les rencontres entre les quatre parties sont essentielles dans ce processus et, contrairement à ce qui se pratique dans le cadre de la négociation classique, doivent être privilégiées par rapport à la communication par écrit (mail, fax). Elles ont lieu suivant un calendrier fixé par les parties et permettent de régler au fur et à mesure les conséquences du divorce.

**1133.** Ce droit est particulièrement intéressant car il donne à l'avocat une place fondamentale dans la recherche de l'accord et est au-delà d'une simple négociation, celui-ci s'engageant à ne chercher que cet accord et à éviter tout conflit. Il amène également les deux praticiens à travailler en équipe et non l'un contre l'autre. Il permet aussi aux conjoints de participer activement à la recherche d'une solution et de construire ensemble leur convention.

**1134.** Il se distingue de la médiation en ce que, d'une part, il intervient uniquement en amont du litige alors que la médiation peut intervenir à tout moment de la procédure. D'autre part, il implique nécessairement les avocats ce qui n'est pas le cas dans la médiation, mode alternatif de règlement des conflits qui peut se dérouler en l'absence des avocats et avec le seul médiateur<sup>1922</sup>. De plus, le médiateur est neutre, ce que ne sont pas les avocats. La présence de l'avocat peut néanmoins rassurer les parties ce qui est un grand avantage du droit collaboratif par rapport à la médiation<sup>1923</sup>, certains époux se sentent alors plus en confiance pour négocier et préféreront le droit collaboratif à cette médiation.

**1135.** Si le droit collaboratif de la famille est certainement très pertinent pour les parties et permet une véritable pacification et une discussion des parties qui contribuent elles-mêmes à la rédaction de la convention, Mme Macfarlane dans son rapport<sup>1924</sup> pour le gouvernement canadien faisait toutefois ressortir différents problèmes. Ainsi, selon elle, et après l'étude de cas dans différentes villes en Amérique du Nord, pour qu'une négociation mise en œuvre dans le cadre du droit collaboratif de la famille fonctionne, il est nécessaire,

---

<sup>1922</sup> Butruille-Cardew Charlotte, « Quels sont les caractéristiques de la collaborative law, comment se distingue-t-elle des MARC ? Les précisions de Maître Butruille-Cardew », *Revue Lamy Droit Civil* 2011 p. 88.

<sup>1923</sup> Rongeat-Oudin Federica, « Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF* 2011, n°2.

<sup>1924</sup> Macfarlane Julie, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative*, Ministère de la Justice Canada, 2005, 2005-FCY-1F, p. xiv.

d'une part, que les conjoints se rendent bien compte qu'ils devront collaborer et que le travail fait en équipe pourra être privilégié sur ses intérêts personnels et que, d'autre part, les avocats engagés dans ce processus conservent bien à l'esprit les quatre grandes valeurs de ce droit collaboratif : « l'engagement (trouver le juste équilibre entre le respect du processus et la loyauté envers son client et ses collègues) ; la transparence (exposer clairement au client ses valeurs fondamentales et les problèmes possibles) ; la souplesse et la réceptivité (respecter les différents types de pratique du Droit Familial Collaboratif et adapter le plus possible sa pratique aux besoins du clients) ; l'acceptation des limites théoriques et pratiques du Droit Familial Collaboratif (le Droit Familial Collaboratif n'est pas une panacée et tous les avocats ne possèdent pas les compétences requises pour n'importe quelle cause de Droit Familial Collaboratif) ».

**1136.** De même, et la situation sera alors similaire pour la médiation familiale, il est nécessaire pour que ce processus soit efficace que les époux soient capables de négocier ou de participer sans danger, volontairement et de façon compétente<sup>1925</sup>. Il revient alors à l'avocat (ou au médiateur dans le cas de la médiation familiale) de déterminer si les conjoints sont en capacité de participer à ce processus en essayant de déterminer si des violences conjugales ou une position prédominante d'un des époux existent. Mmes Landau et M. Wolfson<sup>1926</sup> proposent alors que le praticien s'intéresse à la façon dont le mariage s'est terminé, comment les décisions étaient prises pendant cette union ou encore la colère que peut ressentir chacun des époux suite à cette séparation. Suivant la situation, il pourra alors être amené à écarter le droit collaboratif ou la médiation (en particulier en cas de violences conjugales, de maladie mentale ou encore lorsqu'un des conjoints est drogué ou alcoolique).

**1137.** Ces problèmes pris en compte par les avocats et les parties, le droit de la famille collaboratif permet alors d'obtenir de bons résultats et pourrait, selon l'auteur, avoir un bel avenir. Au Québec, il se développe et aujourd'hui près de 110 avocats le pratiquent à travers toute la Province<sup>1927</sup>.

---

<sup>1925</sup> Landau Barbara, Wolfson Lorne et Landau Niki, *Family Mediation, Arbitration and Collaborative Practice Handbook*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexisnexis, 2012, p. 21.

<sup>1926</sup> Voir note ci-dessus, p. 24 et s.

<sup>1927</sup> Voir le site internet du groupe de droit collaboratif, <http://droitcollaboratifquebec.ca>.

**1138.** En France, il s'est également développé<sup>1928</sup> même s'il demeure moins connu qu'en Amérique du Nord. Deux associations consacrées au droit collaboratif ont été créées : une association nationale, l'association française des praticiens du droit collaboratif, et une association des professionnels collaboratifs interrégionale<sup>1929</sup>. Des sessions de formation sont également organisées et environ 600 avocats seraient actuellement formés en France à pratiquer ce droit<sup>1930</sup>. La Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard<sup>1931</sup> a également décidé de s'en inspirer afin de proposer une « procédure participative de négociation assistée par un avocat ».

➤ **La procédure participative française**

**1139.** La commission Guinchard avait ainsi prévu que, dans le cadre de cette procédure, les parties s'engageraient dans une « convention de participation » à « œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution négociée du différend ». Elles détermineraient dans cette convention les questions qui devraient faire l'objet de la négociation ainsi que les moyens qui pourront être mis en œuvre pour la résolution de certaines de ces questions, comme par exemple le recours à un expert et le paiement des honoraires de celui-ci. Les parties s'engageraient également à ne pas saisir le juge pendant la durée du contrat de participation et tout recours mis en œuvre par l'un des conjoints se verrait alors opposer une fin de non-recevoir.

**1140.** La procédure proposée était de plus fortement liée à la procédure judiciaire puisque le règlement consensuel obtenu devra faire l'objet d'une homologation judiciaire dans le cadre d'une procédure gracieuse. Même en cas d'absence de règlement consensuel par les parties, un procès-verbal reprenant les points sur lesquels les parties se seraient entendues pouvait être homologué par le juge, les autres points ayant fait l'objet de divergence étant tranchés par ce même juge. La seule remise de ce procès-verbal au greffe aurait alors permis de faire statuer sur l'affaire sans que celle-ci ne soit renvoyée à la mise en état et ainsi de faire accélérer la procédure et de prendre en compte les heures de négociation intervenues

---

<sup>1928</sup> Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008, p. 168.

<sup>1929</sup> Lienhard Claude, « Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 2012, n° 84 p. 24. Voir le site internet de l'association nationale, <http://www.droit-collaboratif.org/accueil-1-1-1>, et celui de l'association interrégionale <http://www.adpci.org/accueil/3915033>

<sup>1930</sup> Données présentées par l'association française des praticiens de droit collaboratif sur leur site internet.

<sup>1931</sup> Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *op. cit.*, p. 169.



antérieurement. Dans la procédure proposée, les parties auraient été assistées par leurs avocats respectifs pendant toute la procédure et la commission tenant à ce que le droit d'accès au juge soit toujours préservé, il était prévu que l'avocat, contrairement au droit de la famille collaboratif, ne soit pas obligé de se désister en cas d'échec de la négociation et que le juge puisse être saisi pour toute mesure provisoire ou conservatoire. Enfin, afin de pouvoir négocier sur les matières indisponibles, les parties devaient préalablement demander l'accord du juge et les accords sur ces matières seraient ensuite homologués.

**1141.** La procédure proposée n'était pas sans rappeler le droit de la famille collaboratif nord-américain même si l'avocat conservait encore de façon importante son rôle de défenseur et continuait à pouvoir intervenir dans le cadre de la procédure judiciaire. Il est en effet apparu lors des discussions au sein de cette commission que le désengagement des avocats prévus en cas d'échec de la négociation dans le cadre du droit collaboratif ne pouvait pas s'appliquer en droit français car il pouvait rendre problématique l'utilisation de l'aide juridictionnelle<sup>1932</sup>. Les pouvoirs publics craignaient en effet que les parties demandent une première aide juridictionnelle dans le cadre de la procédure de droit collaboratif puis une seconde en cas d'échec de la négociation et de reprise dans le cadre d'une procédure judiciaire de divorce. La commission redoutait également en imposant un dispositif aussi strict que la convention de droit collaboratif, qu'il y ait un véritable forçage de la volonté d'un des conjoints ou des deux qui se sentiraient obligés de conclure un accord et avait donc donné plus de souplesse à cette procédure.

**1142.** La proposition de la Commission dirigée par le Professeur Guinchard a finalement été reprise par la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat lors de l'examen de la proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions de certaines professions réglementées<sup>1933</sup>. M. Zocchetto, auteur du rapport de la commission<sup>1934</sup>, avait fait remarquer, qu'en l'état actuel du droit français, et en dehors de la médiation et de la conciliation, les parties ne disposaient d'aucun « espace sécurisé pour la négociation de

---

<sup>1932</sup> Poivey-Leclercq Hélène et Weiss-Gout Béatrice, « La procédure participative », *Gaz. Pal.* 2012, n° 84 p. 17.

<sup>1933</sup> Proposition de loi n°31 du 15 octobre 2008 de M. Laurent Bêteille relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées.

<sup>1934</sup> Sénat, *Rapport n°161 du 14 janvier 2009 fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Laurent Bêteille relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées.*

solutions transactionnelles » et que, en cas d'échecs des pourparlers, la procédure judiciaire intervient sans que l'on ne tienne compte des pourparlers antérieurs. Toutefois, la commission du Sénat n'avait pas, dans un premier temps, souhaité étendre cette procédure participative aux divorces et à la séparation de corps, considérant que la réforme du 26 mai 2004 avait réduit l'intérêt d'une telle procédure. Adoptée en première lecture par le Sénat, cette proposition a ensuite été soumise à l'Assemblée nationale. La commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée, tout en acceptant le principe de cette procédure, a tenu, pour sa part, à l'étendre en matière de divorce et de séparation de corps. M. Nicolin auteur du rapport de cette commission considérait qu'elle contribuerait à la recherche d'accords pacifiés dans le divorce. Lors des auditions, certains avocats, comme Me Poivey-Leclercq, ont ainsi demandé une telle extension. La proposition de loi votée en première lecture devant l'Assemblée nationale le 30 juin 2010 a retenu cette position et, le 8 décembre 2010<sup>1935</sup>, la loi a été adoptée dans la version retenue par l'Assemblée nationale.

**1143.** La « procédure participative de négociation assistée par un avocat » est désormais intégrée dans le Code civil aux articles 2062 et suivants et est entrée en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2011<sup>1936</sup>. Elle est définie comme une « convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »<sup>1937</sup>. Elle est ouverte d'une façon générale dans tous les domaines où une personne a la libre disposition de ses droits (art. 2064 C.civ.). Toutefois, afin d'éviter de se priver d'un outil de pacification des conflits, elle a aussi étendu aux procédures de divorce et de séparation de corps<sup>1938</sup>, domaines qui, en principe, relèvent de l'ordre public<sup>1939</sup>. Tant que la

---

<sup>1935</sup> Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

<sup>1936</sup> Le décret d'application de cette loi n'a toutefois été publié que le 22 janvier 2012, décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Pour une analyse détaillée de la procédure voir Poivey-Leclercq Hélène et Weiss-Gout Béatrice, *ci-dessus*. Voir aussi Douchy-Oudot Mélina, « Contentieux familial » *D.* 2013 p. 798. Voir aussi Butruille-Cardew, « Interview », *AJ Fam.* 2011 p. 66, Fricéro Natalie, « Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative », *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n°88.

<sup>1937</sup> Nouvel art. 2062 C.civ. La Cour de cassation a précisé dans une décision du 7 novembre 2012 que cette procédure devait intervenir avant toute décision du juge ce qui exclurait alors la possibilité de la mettre en œuvre après le prononcé du divorce, soit dans le cadre du partage amiable qui intervient après ce prononcé. La procédure participative perdrait alors un intérêt certain dans le cadre du divorce, Junod-Fanget Laurence, « La convention de procédure participative mise en danger par la Cour de cassation ? », *AJ Fam.* 2013 p. 105. Voir aussi pour une présentation de ce dispositif, Croze Hervé, « La procédure aux fins de jugement », *AJ Fam.* 2013 p. 458, Fricéro Natalie, « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différents familiaux », *AJ Fam.* 2013 p. 540. Pour un exemple de convention participative voir Junod-Fanget Laurence, « Convention de procédure participative », *AJ Fam.* 2013, p. 562.

<sup>1938</sup> Nouvel art. 2067 al. 1er C.civ.

convention de procédure participative est en cours, les époux ne peuvent demander au juge de trancher le litige<sup>1940</sup>. Lorsque la procédure participative a abouti, les époux doivent entreprendre une procédure de divorce selon les règles de droit commun et ce sera alors logiquement la procédure de divorce par consentement mutuel qui sera la plus adaptée. Il est également possible, lorsque les négociations n'ont abouti qu'à un accord partiel, de le faire homologuer par le juge. Lorsque les négociations ont échoué la procédure reprend normalement devant un magistrat<sup>1941</sup>. Mme Butruille-Cardow<sup>1942</sup> voit donc dans cette procédure participative avant tout une modalité d'ordre procédurale qui la distingue du droit collaboratif qui est un processus alternatif de résolution des conflits. Mme Weiss-Gout<sup>1943</sup> remarque également que la procédure participative ne remplace pas le droit collaboratif qui continue à être utilisé par les avocats. Elle considère que ces deux procédures doivent cohabiter en droit français.

**1144.** Concernant les autres modes alternatifs de règlement des conflits, la procédure participative doit aussi être distinguée de la conciliation qui apparaît d'essence plus « juridictionnelle et substantielle » et généralement sous la responsabilité du juge, alors la procédure participative est plus contractuelle et plus procédurale<sup>1944</sup>. De même, cette procédure et la médiation sont deux modalités bien distinctes de règlement du divorce, mais une coordination entre ces deux modes peut être envisagée et Mme Fricéro considère ainsi que si la convention de procédure participative exclut tout recours au juge pendant la durée de cette procédure, elle ne fait pas obstacle à un recours au médiateur par les parties<sup>1945</sup>.

**1145.** Tant en droit canadien, et en droit nord-américain, qu'en droit français, le rôle de l'avocat semble alors évoluer vers un rôle de négociateur et de conciliateur et ce rôle semble également de plus en plus en être assumé par les membres du barreau<sup>1946</sup>. Cette

---

<sup>1939</sup> Voir Bruggeman Maryline, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 8.

<sup>1940</sup> Nouvel art. 2065 al. 1er C.civ.

<sup>1941</sup> Pour une analyse détaillée du rôle du juge dans le cadre de la procédure participative, voir Tirvaudey Catherine, « L'office du juge en matière de convention de procédure participative », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214.

<sup>1942</sup> Butruille-Cardew Charlotte, « Interview », *AJ Famille* 2011 p. 66.

<sup>1943</sup> Poivey-Leclercq Hélène et Weiss-Gout Béatrice, *op. cit.*

<sup>1944</sup> Pour une comparaison entre la procédure participative et la conciliation, cette dernière étant le plus souvent judiciaire et dans le cadre des attributions du juge, voir Tricoit Jean-Philippe, « Convention de procédure participative et conciliation : quelle parenté ? », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214.

<sup>1945</sup> Fricéro Natalie, « Convention de procédure participative et médiation : des instruments concurrents ? », *Droit et Patrimoine* 2012 n° 214.

<sup>1946</sup> Avena-Robardet Valérie, « Profession d'avocat : espoir », *AJ Fam.* 2013 p. 71.

évolution est très fortement liée au développement du droit collaboratif et de la nouvelle procédure participative française. Elle s'insère également dans le cadre plus général du développement des modes alternatifs de règlement des conflits symbolisée par la montée en charge, depuis maintenant plusieurs années, de la médiation familiale, dont la procédure participative peut paraître très voire trop proche<sup>1947</sup>. La place centrale de la médiation fait désormais du médiateur un auxiliaire quasi incontournable du conflit familial, que celui-ci soit avocat ou non.

*b. Le médiateur : un auxiliaire incontournable ?*

**1146.** Si les modes alternatifs de règlements des conflits ont existé dès la création de sociétés humaines et avant même la mise en œuvre d'une justice d'Etat<sup>1948</sup>, ils connaissent depuis quelques années un important regain d'intérêts dans tous les domaines du droit<sup>1949</sup>, et plus particulièrement, en droit de la famille<sup>1950</sup>, ainsi qu'en témoigne le droit collaboratif et la procédure participative qui viennent d'être étudiés. Ils viennent de plus de prendre une nouvelle dimension en droit français puisque, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2015<sup>1951</sup>, toute assignation, requête et déclaration doit être précédée d'une tentative préalable de règlement amiable du litige. Seule l'urgence ou la matière considérée, en particulier lorsqu'elle concerne l'ordre public, peuvent écarter cette obligation. En cas de non respect de cette obligation, le juge pourra imposer la conciliation ou la médiation. Ces nouvelles dispositions devraient donc

---

<sup>1947</sup> Bruggeman Maryline, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 8. L'auteur constate ainsi, entre autres, que l'intervention des avocats dans la procédure participative ne la distingue pas particulièrement de la médiation où ceux-ci sont également très présents. De plus, la convention passée par les époux dans le cadre de la procédure participative n'a pas plus de valeur que celle obtenue dans le cadre d'une médiation, voire même moins. Cette situation est essentiellement due au fait que la procédure participative française s'est écartée du droit collaboratif québécois et, alors qu'elle aurait dû être un élément de déjudiciarisation, est en réalité un simple instrument procédural, comme l'avait déjà fait remarquer Mme Butruille-Cardew.

<sup>1948</sup> Meulders-Klein Marie-Thérèse, « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale : analyse comparative », *RIDC* 1997, p. 383.

<sup>1949</sup> Pour une étude du développement de la médiation face au règlement traditionnel par le juge et une analyse des causes de ce développement, voir Bonafe-Schmidt Jean-Pierre, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 419.

<sup>1950</sup> Larribeau-Ternyere Virginie, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. Fam.* mai 2012, étude n°12.

<sup>1951</sup> Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile et à la résolution amiable des différends, voir les commentaires de Thouret Sylvain, « Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère », *AJ Fam.* 2015 p. 212 et Avena-Robardet Valérie, « Procédure familiale : nouveautés », *AJ Fam.* 2015 p. 190.

largement contribuer à développer les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale en France.

**1147.** Les modes alternatifs peuvent recouvrir deux réalités différentes. Dans une première conception, ils peuvent simplement recouvrir des modalités procédurales permettant d'obtenir un règlement négocié plutôt que contentieux d'un litige tout en s'articulant avec le processus judiciaire. La procédure participative française s'inscrit alors dans ce cadre. La seconde conception consiste à aller plus loin et à s'affranchir de tout processus judiciaire dans le cadre d'une privatisation voire d'une déjudiciarisation totale du règlement du conflit.

**1148.** Plusieurs raisons peuvent alors amener à les privilégier et plus particulièrement le second type de modes alternatifs : une volonté de se réappropriier le litige par les parties, une désaffection pour les tribunaux mais également le désir de désencombrer les tribunaux ou encore de diminuer le coût du règlement des litiges tant pour les parties que pour l'Etat. Dans le cadre du contentieux familial, le regain d'intérêt récent pour ces modes de règlement des conflits peut s'expliquer également par le fait que les conflits, les crises et les ruptures conjugales se sont multipliées au cours des quatre dernières décennies et ont eu comme corollaire une « psychologisation » croissante du droit de la famille. Ces conflits sont également marqués par une très forte dimension humaine et la nécessité de pacifier le conflit au maximum dans l'intérêt des parties mais aussi des tiers qui sont concernés par ce conflit. Les modes alternatifs de règlements des conflits apparaissent alors comme une des meilleures solutions pour obtenir cette pacification. Les parties réclament, de plus, une liberté individuelle de plus en plus marquée dans le cadre de leur sphère familiale et une tension apparaît alors entre la liberté individuelle et l'intervention étatique, avec en particulier l'ordre public de protection des parties et de leurs enfants, dans le cadre de ces règlements des conflits. A ces arguments s'ajoutent également des arguments pratiques et le contentieux familial constituant de 50 à 60% du contentieux civil, les modes alternatifs de règlements des conflits apparaissent alors comme une solution à cette masse de contentieux et à son coût<sup>1952</sup>.

**1149.** Si les modes alternatifs de règlement des conflits se sont insérés de façon durable dans les droits étudiés, ils n'ont pas toutefois pas pour objectif de mettre totalement de

---

<sup>1952</sup> Ce dernier argument avait d'ailleurs été repris dans le cadre de la commission Guinchard, Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008.

côté le processus judiciaire et, s'intègrent plutôt dans celui-ci. Pour Mme Rongeat-Oudin, on ne peut plus parler de mode alternatif de résolution d'un conflit au sens propre du terme puisqu'ils ne se substituent pas à la procédure judiciaire mais, et la procédure participative française en est un bon exemple, en font partie<sup>1953</sup>. En droit de la famille, le « mode alternatif de règlement des conflits » qui s'est principalement et historiquement imposé est la médiation. Toutefois pour Mme Rongeat-Oudin, la médiation n'est plus dans ce cadre un mode alternatif de résolution d'un conflit au sens propre du terme, puisqu'elle ne se substitue pas à la procédure : « La médiation est un processus par lequel une personne neutre, le médiateur, aide les parties à trouver elles-mêmes une solution acceptable au conflit qui les oppose »<sup>1954</sup>.

**1150.** La médiation familiale permet de poursuivre cinq objectifs<sup>1955</sup> : maintenir et organiser les liens familiaux (et essentiellement parentaux) qui devront se poursuivre après la séparation ; maintenir une communication de qualité entre les ex-époux ; trouver les moyens relationnels et concrets de s'organiser pendant la crise ; rechercher des solutions mutuelles pour réorganiser la famille ; permettre aux ex-époux d'exercer leurs responsabilités. Contrairement à l'arbitre ou au juge, le médiateur n'impose pas une solution et ne tranche pas le conflit, il aide simplement les parties, en l'occurrence les membres du couple, à régler eux-mêmes le conflit et à déterminer les conséquences de leur rupture<sup>1956</sup> et ainsi à se réapproprier leur pouvoir de décision<sup>1957</sup>. Il amène ainsi les parties à discuter ensemble des solutions souhaitées par chacun d'entre eux et les amène à trouver un terrain d'entente commun. Il contribue à pacifier le conflit et à réinstaurer un dialogue qui avait pu disparaître entre les époux. De plus, à la différence de l'avocat, il ne défend pas les intérêts d'une des parties et ne cherche pas à privilégier une des parties à tout prix. Le médiateur pourra aussi aller au-delà du droit strict et certains auteurs<sup>1958</sup> considèrent que la médiation est un lieu idéal pour la mise en œuvre de l'équité, le médiateur et les parties cherchant ensemble, en prenant le temps, la meilleure solution et la plus équitable pour résoudre leurs différends. Il peut également aller au-delà de

---

<sup>1953</sup> Rongeat-Oudin Federica, « La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *RJPF* février 2010, Analyse.

<sup>1954</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 537.

<sup>1955</sup> Gasseau Catherine, *op. cit.*, p. 8

<sup>1956</sup> Voir pour une analyse sommaire de la médiation familiale : Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *op. cit.* p. 537

<sup>1957</sup> Gasseau Catherine, « La médiation familiale – processus et pertinence », *Le Médiateur familial*, n°67, juin 2010, p. 5, et plus particulièrement p. 8.

<sup>1958</sup> Bonafe-Schmidt Jean-Pierre, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 419, p. 433.

la crise et accompagner les parties plus tard pour faire un état des lieux de la mise en œuvre de leur accord et, au cas où, l'aménager.

**1151.** Depuis la fin des années 1990, Les législateurs canadien et français<sup>1959</sup>, à l'instar des législateurs des autres pays européens<sup>1960</sup>, ont privilégié le recours à la médiation dans le cadre de la procédure de divorce<sup>1961</sup>. En droit canadien, il incombe à l'avocat de renseigner son client sur « les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux »<sup>1962</sup> dans la négociation de la convention. Au Québec<sup>1963</sup>, le juge a également la possibilité, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 1997, à tout moment de « suspendre l'instance ou ajourner l'instruction pour permettre aux parties d'entreprendre ou de poursuivre une médiation auprès d'un médiateur accrédité qu'elles choisissent ou pour demander au service de médiation familiale d'intervenir auprès d'elles »<sup>1964</sup>. Des séances d'information sont également prévues et sont obligatoires<sup>1965</sup> lorsque le différend met en jeu l'intérêt des parties et de leur enfant et porte sur les aliments (en faveur d'un enfant ou d'un conjoint), ou le patrimoine familial<sup>1966</sup>. Le recours à la médiation familiale s'est fortement développé au Québec depuis 1997 et est prévu dans le nouveau Code de procédure civile aux articles 417 et suivants. La médiation y est aussi reconnue comme un mode de prévention et de règlement des différends<sup>1967</sup> et fait partie de la liste des modes de règlement amiable du contentieux privilégiés dans ce nouveau Code et réglementé dans ses premiers articles<sup>1968</sup>.

---

<sup>1959</sup> Voir pour un résumé de l'histoire de la médiation en France Bensa Clémence, « La médiation familiale en France », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 6.

<sup>1960</sup> Ferrand Frédérique, « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12

<sup>1961</sup> Pour une vision générale et pratique de la médiation familiale au Québec, voir Lambert Danielle et Bérubé Linda, *La médiation familiale – Etape par étape*, CCH, 2009.

<sup>1962</sup> Art. 9 (2) Loi sur le divorce. Voir également Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *op. cit.* p. 451.

<sup>1963</sup> Province qui est considérée comme une pionnière en matière de mode alternatif de règlements de conflits en matière familiale, Neirinck Claire, « Ruptures des couples : à la recherche de l'apaisement des conflits », *Dr. Fam.* Mars 2015, dossier n°1.

<sup>1964</sup> Article 420 du nouveau Code de procédure civile qui reprend l'art. 815.2.1 C.p.c., voir également sur le sujet Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 177, Beaumier Francine, « Chapitre III – La médiation familiale », dans *Volume III - Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2014-2015, École du Barreau du Québec, vol. 3, 2014, p. 147 et s.

<sup>1965</sup> Des exemptions existent toutefois en cas de violences conjugales, article 417 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile.

<sup>1966</sup> Article 417 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile.

<sup>1967</sup> Les articles 605 et s. du nouveau Code de procédure civile prévoient ainsi les rôles et devoirs du médiateur et des parties ainsi que le déroulement et la fin de la médiation.

<sup>1968</sup> Article 1<sup>er</sup> et s. du nouveau Code de procédure civile.

**1152.** La France a en partie suivi cette voie avec la réforme du 26 mai 2004<sup>1969</sup>. Il est ainsi désormais prévu à l'article 255, 1° du Code civil que le juge peut proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder. Il peut également leur enjoindre de se rendre à un entretien d'information sur la médiation familiale avec un médiateur qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation<sup>1970</sup>. Depuis, le législateur a renforcé la médiation d'une façon générale mais aussi dans le cadre du contentieux familial<sup>1971</sup>. Ainsi, l'ordonnance du 16 novembre 2011<sup>1972</sup> a transposé la directive européenne de 2008 en la matière et, outre améliorer l'encadrement de la médiation, l'a définie comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par laquelle deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige ». Cette ordonnance a été complétée par le décret du 20 janvier 2012 relatif à la résolution des différends<sup>1973</sup> qui a introduit dans le code de procédure civile un titre relatif à la médiation et à la conciliation conventionnelle et un titre relatif à la convention participative. Concernant plus particulièrement la médiation familiale, le législateur est passé de l'incitation à l'obligation d'y avoir recours. L'article 15 de la loi du 13 décembre 2011<sup>1974</sup> sur la répartition des contentieux et l'allègement des procédures juridictionnelles a prévu la médiation obligatoire dans le cadre de la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Par arrêté du 16 mai 2013<sup>1975</sup>, deux Tribunaux de grande instance ont été désignés pour expérimenter cette procédure. L'expérimentation devait se dérouler jusqu'au 31 décembre 2014<sup>1976</sup>. Si des médiateurs souhaitent une généralisation de cette expérimentation<sup>1977</sup>,

<sup>1969</sup> En faveur du développement de la médiation familiale en France, par exemple, Juston Marc, « La médiation familiale : une impérieuse nécessité dans les tribunaux », *Gaz. Pal.* 2004, 26-28 septembre, p. 2928 ; Ganancia Danièle, « Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. Pal.* 2001, 23-24 mai, p. 779.

<sup>1970</sup> Art. 255, 2° C.civ.

<sup>1971</sup> Larribeau-Terneyre Virginie, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative) », *Dr. Fam.* mai 2012, étude n°12.

<sup>1972</sup> Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Voir Douchy-Oudot Méлина, « Contentieux familial », *D.* 2013 p. 798, et pour une analyse générale des modes alternatifs de règlements des conflits après ces ordonnance et décret Cachard Olivier, « Les modes alternatifs de règlements des litiges en ordre de bataille », *Revue Lamy de Droit Civil* 2012 p. 94.

<sup>1973</sup> Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

<sup>1974</sup> Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

<sup>1975</sup> Arrêté du 16 mai 2013 paru au Journal Officiel du 31 mai 2013.

<sup>1976</sup> « Médiation familiale préalable obligatoire : désignation des juridictions « expérimentales », *Dr. Fam.* Juillet 2013, alerte n° 42, Avena-Robardet Valérie, « La médiation familiale encouragée ! », *AJ Fam.* 2013 p. 328.

<sup>1977</sup> Ringot Audrey, « Médiatrice familiale au sein de la Commission « Médiation familiale et contrat de coparentalité » : ouvrir l'espace de médiation familiale au législateur », *Dr. Fam.* Septembre 2014, dossier 10.



certaines professionnels s'interrogent néanmoins sur la question du consentement des parents et ex-époux à la médiation familiale si celle-ci devient un préalable obligatoire<sup>1978</sup>.

**1153.** L'ordonnance de décembre 2011 n'a pas seulement défini la médiation en droit français, elle en a également déterminé les règles de fonctionnement. Elle a précisé les qualités inhérentes au rôle de médiateur : compétence et impartialité. Elle a également appuyé sur le principe de confidentialité<sup>1979</sup>.

**1154.** L'évolution législative concernant la médiation familiale est encore loin d'être terminée en France et le développement de la médiation familiale est une partie intégrante de la *proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*<sup>1980</sup>. Cette proposition intègre une nouvelle définition de la médiation familiale à insérer dans la *loi 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, définition issue des travaux préparatoires à la loi famille du groupe dirigé par M. Juston et Mme Gargoullaud<sup>1981</sup>. La médiation y est alors définie de la façon suivante : « La médiation familiale, qui a pour finalité d'apaiser le conflit et de préserver les relations au sein de la famille, est un processus structuré et confidentiel de résolution amiable des différends familiaux. Avec l'aide du médiateur familial, tiers qualifié, impartial et indépendant, les personnes tentent de parvenir à une solution mutuellement acceptable, qui tient compte de l'intérêt de chacune et de celui de leurs enfants éventuels et qui peut prendre la forme d'accords susceptibles d'être homologués par le juge ». Outre cette définition le groupe de travail avait également proposé une meilleure information des parties sur la médiation familiale, une meilleure formation des professionnels du droit sur le sujet, une clause de recours à la médiation familiale à insérer dans les contrats de mariages et de pacs, la création d'un guide méthodologique recensant les bonnes pratiques ou encore un meilleur financement de dispositif. Une partie de ces propositions est reprise dans la proposition actuellement en discussion dont la possibilité pour le juge d'enjoindre les parties à participer à

---

<sup>1978</sup> André Sophie, « La médiation familiale – Une voie d'apaisement des conflits », Cahier 2 de *l'Actualité sociale hebdomadaire* n°2687 du 17 décembre 2010, p. 39.

<sup>1979</sup> Larribeau-Ternyre Virginie, *op. cit.*

<sup>1980</sup> *Proposition de loi n° 664 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant*, votée par l'Assemblée nationale en première lecture et transmise au Sénat le 27 juin 2014. Voir Avena-Robardet Valérie, « Réforme de la famille : on avance », *AJ Fam.* 2014 p. 391.

<sup>1981</sup> Juston Marc et Gargoullaud Stéphanie, *Médiation familiale et contrats de co-parentalité, Rapport du groupe de travail « Médiation familiale et contrats de co-parentalité »*, 2014.

une ou deux séances de médiations. De plus, un rapport paru en avril 2014<sup>1982</sup> met l'accent sur l'importance à donner à la médiation afin de permettre une véritable coparentalité suite à la séparation des parents d'un enfant. La médiation y est présentée comme l'outil le plus adapté pour pacifier le conflit entre les parents et faire en sorte que ceux-ci puissent de nouveau dialoguer et trouver ensemble les mesures à prendre pour l'avenir de l'enfant.

**1155.** Malgré cette lente évolution législative, des tribunaux français ont mis en œuvre des pratiques de médiation familiale en partenariat avec tous les acteurs : magistrats, juges aux affaires familiales, avocats, médiateurs, notaires et greffiers. Les résultats sont alors très prometteurs. Ainsi, au Tribunal de Grande Instance de Tarascon, outre une pacification globale du contentieux des affaires familiales, une simplification et une accélération des procédures ainsi qu'une réduction sensible du contentieux post-divorce (3 prononcés de divorce sur 5 reviennent devant le juge aux affaires familiales pour une demande de modification), on constate une baisse spectaculaire des divorces pour faute qui ne constituent plus qu'1% des procédures<sup>1983</sup>. Les Tribunaux de grande instance de Paris et Bobigny ont aussi instauré des permanences de services de médiation familiale et 70% des personnes qui s'y sont rendues, ont entrepris une médiation<sup>1984</sup>. De même, 90% des personnes conjointes se rendent à l'entretien d'information avec le médiateur et 50% des personnes informées s'engagent dans un processus de médiation<sup>1985</sup>. M. Juston ajoute que, dans la période de crise actuelle et devant le manque criant de moyens de la justice, elle pourrait permettre aux magistrats de traiter plus de dossiers et il estime que si aujourd'hui les juges aux affaires familiales traitent entre 1 000 et 1 200 dossiers par an, avec le développement de la médiation, cette moyenne pourrait avoisiner les 1 500 dossiers annuels<sup>1986</sup>. La médiation fait progressivement ses preuves en France<sup>1987</sup> et nécessiterait des modes de financement plus

---

<sup>1982</sup> Rapport du groupe de travail « Médiation familiale et contrat de co-parentalité » mis en place par Dominique Bertinotti le 21 octobre 2013, avril 2014. Voir Juston Marc, « Rapport « Médiation familiale et contrat de coparentalité – Dans l'intérêt de l'enfant, la coparentalité soutenue par la médiation familiale », *Dr. Fam.* Septembre 2014, dossier 8.

<sup>1983</sup> Juston Marc, « Pourquoi, quand, comment est ordonnée une médiation familiale ? En quoi constitue-t-elle un outil performant dans l'exercice des fonctions de magistrat ? », *Le médiateur familial*, n°66, mars 2010, p. 6.

<sup>1984</sup> Bousquet Thomas, « Interview de Claire Leconte, secrétaire générale de la Fenaméf (Fédération nationale de la médiation familiale », *Le BIMSA*, mai 2009, p. 21 et plus particulièrement p. 22.

<sup>1985</sup> Juston Marc, *op. cit.*, p. 14.

<sup>1986</sup> Voir également les expériences menées à Arras et à Créteil, *Le Médiateur familial*, numéro spécial, juillet 2010.

<sup>1987</sup> Juston Marc, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *Gaz. Pal.* 2012, n° 327 p. 5.

importants. Elle est mise à l'honneur dans différents rapports<sup>1988</sup> qui en vantent les mérites. L'ordonnance de 2011 et l'expérimentation en cours dans les tribunaux pour des cas de médiation familiale obligatoire, pourront peut-être, enfin, permettre un déploiement plus généralisé.

**1156.** Aujourd'hui, dans les deux pays, le médiateur n'est pas détaché du milieu juridique et a bénéficié d'une formation à la fois en droit et en psychologie. Au Québec, La médiation se veut ainsi « globale » comme nous l'explique la Professeure Belleau et M. Talbot-Lachance et a pour objectif de recouvrir tous les aspects de la rupture qu'ils soient psychologiques, relationnels, financiers ou juridiques<sup>1989</sup>. Outre les travailleurs sociaux et les psychologues, seuls les notaires et les avocats juristes peuvent être médiateurs<sup>1990</sup>. Lorsque le médiateur est avocat ou notaire, celui-ci a les connaissances nécessaires, et la compétence, pour conseiller également juridiquement les parties et les informer sur les principes généraux posés par la loi et les obligations juridiques pouvant exister entre les époux. Dans le cas où le médiateur n'est pas un juriste, il est possible de penser que ce médiateur pourra, avec ses connaissances initiales et l'expérience, renseigner également les parties sur leurs droits et obligations.

**1157.** Au Québec, l'avocat qui agit au titre de médiateur, n'agit pas à titre d'avocat. Sa formation d'avocat lui permet de préciser l'état du droit et de la jurisprudence mais il doit aviser ses clients qu'il ne peut pas leur donner de conseils juridiques et que pour obtenir ces conseils, les parties devront s'adresser à leur propre avocat conseil<sup>1991</sup>. Cette précision doit être d'ailleurs prévue dans le modèle de contrat de médiation contenu dans le Guide de normes de pratique en médiation familiale édité par le Comité des organismes accréditeurs en

---

<sup>1988</sup> Voir Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008 ; Magendie Jean-Claude, *Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie*, La Documentation française, octobre 2008, Rapport de la Défenseure des enfants, *Enfants au coeur des séparations parentales conflictuelles*, Novembre 2008 ; Léonetti Jean, *Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers*, La Documentation française, 2009. Voir Leborgne Anne, « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice apaisée », *RJPF* 2015 5/8.

<sup>1989</sup> Belleau Marie-Claire et Talbot-Lachance Guillaume, « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale au Québec », *R.R.J.* 2009, p. 57, et plus particulièrement p. 60. Voir également Belleau Marie-Claire, « La médiation familiale au Québec : une approche volontaire, globale, interdisciplinaire et accessible », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 5.

<sup>1990</sup> Voir en particulier l'article 619 du nouveau Code de procédure civile ainsi que l'article 2 du Règlement sur la médiation familiale, LRQ, C- c. 25 pour le Québec et le Décret du 3 décembre 2003 portant création du Diplôme d'Etat de médiateur familial pour la France.

<sup>1991</sup> Shea Marthe et Clairmont Suzanne, « Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », dans *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l'avocat*, Service de formation continue du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 2006 p. 105, et plus particulièrement p. 129.

médiation familiale (COAMF)<sup>1992</sup> et certains auteurs considèrent, à l'instar de M. Goubau et Mme Castelli, qu'il est nécessaire pour le médiateur, avocat ou non, de recommander aux parties en cours de médiation une consultation juridique pour que celles-ci connaissent leurs droits et obligations et puissent négocier valablement<sup>1993</sup>. En France, la notion de « médiateur avocat » apparaît aussi et on commence à reconnaître l'intérêt pour un avocat de jouer un rôle de pacificateur, comme il peut le faire dans le cadre de la procédure participative. Son rôle et son positionnement comme médiateur n'est toutefois pas encadré comme cela est le cas au Québec et il n'est pas exclu qu'il puisse rédiger lui-même une requête conjointe<sup>1994</sup>.

**1158.** Suite aux réformes en France<sup>1995</sup> et au Québec, la médiation familiale se développe donc dans les deux pays. Toutefois, en France le financement de l'Etat en la matière reste encore insuffisant<sup>1996</sup> et certains regrettent que la médiation ne soit pas encore assez utilisée<sup>1997</sup>. Au Québec, la médiation est un succès et 82% des couples avec enfants qui, y ont eu recours, sont parvenus à une entente<sup>1998</sup>. Elle permet, comme les autres modes alternatifs de règlements des conflits, de désengorger les tribunaux<sup>1999</sup>.

**1159.** Tant des arguments économiques que de pacification des conflits plaident donc en faveur de la médiation familiale et plus généralement des modes alternatifs des conflits. Toutefois, une précision doit être apportée. Pour que les conventions passées entre les époux dans le cadre d'une médiation s'imposent, il est nécessaire qu'elles soient homologuées par le juge. Certains auteurs<sup>2000</sup> regrettent alors la lourdeur d'une telle procédure qu'ils considèrent

---

<sup>1992</sup> Comité des organismes accréditeurs en médiation familiale, *Guide normes de pratique en médiation familiale*, revu en 2004, qui peut-être trouvé sur

[www.occoppq.qc.ca/membres/pdf/encadr\\_prof/mediation\\_fam.pdf](http://www.occoppq.qc.ca/membres/pdf/encadr_prof/mediation_fam.pdf)

<sup>1993</sup> Goubau Dominique et Castelli D. Mireille, *op. cit.* p. 540.

<sup>1994</sup> Voir Aufière Pierrette, « L'avocat médiateur ou le médiateur avocat », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 7.

<sup>1995</sup> Il peut d'ailleurs être intéressant de constater que les médiateurs français s'inspirent beaucoup de l'exemple québécois et c'est en particulier le cas du *Guide la médiation familiale* (Ed. Erès, 2006) rédigé par Mmes Babu Annie et Bonnoure-Aufière Pierrette qui se sont directement inspirées de l'ouvrage de Mmes Bérubé Linda et Lambert Danielle. Voir également Poli Catherine, « Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n°88.

<sup>1996</sup> Seules 1863 médiation familiales ont été ordonnées en 2003, dont 938 sur injonctions des juges, soit à 7% des procédures, voir Summa Francine, « Bilan et perspectives d'avenir de la médiation familiale en France et à l'étranger (1990 à 2005) », *AJ Fam.* 2006/4 p. 155.

<sup>1997</sup> Lacroix Sylvie, « Les dimensions de la médiation familiale », *Le médiateur familial*, n°67, juin 2010, p. 16, Juston Marc, « Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *Gaz. Pal.* 2012, n° 327 p. 5.

<sup>1998</sup> Belleau Marie-Claire, « La médiation familiale au Québec : une approche volontaire, globale, interdisciplinaire et accessible », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 5

<sup>1999</sup> Voir Tétrault Michel, *Le litige familial, la déontologie et l'éthique*, Ed. Yvon Blais, 2006, p.27.

<sup>2000</sup> Belleau Marie-Claire et Talbot-Lachance Guillaume, « La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale au Québec », *R.R.J.* 2009, p. 57, et plus particulièrement p. 74.

comme n'étant pas adaptée à la simplicité de ce dispositif. Peut-être faudra-t-il envisager dans l'avenir un système plus simple de validation de telles conventions avec peut-être, et c'est une question qui sera posée ultérieurement, un divorce sans juge. Au Canada, un autre mode alternatif de règlement des conflits est également mise en œuvre dans les provinces canadiennes anglophones : l'arbitrage.

*c. La place de l'arbitre dans le contentieux familial au Canada*

**1160.** Alors que pour la médiation, le droit de la famille collaboratif ou encore la transaction, les parties arrivent elles-mêmes à résoudre le conflit, dans le cas de l'arbitrage, un tiers indépendant est désigné par les époux pour trancher le ou les différends et rend une décision qui lie les deux époux.

**1161.** L'arbitrage familial est apparu relativement récemment au Canada<sup>2001</sup> et depuis environ trente ans, les avocats canadiens utilisent de plus en plus de clauses d'arbitrage dans la préparation de leurs conventions de séparation<sup>2002</sup>. Une des premières provinces canadiennes à avoir admis la possibilité de l'arbitrage familial est l'Ontario<sup>2003</sup> avec la loi sur l'arbitrage de 1991<sup>2004</sup> ainsi que la loi portant réforme du droit des enfants<sup>2005</sup> et la loi portant réforme du droit de la famille de 2006<sup>2006</sup>. Dans cette dernière loi, il est ainsi prévu que pour qu'une décision arbitrale soit opposable, elle doit être rendue selon les conditions du droit canadien fédéral ou d'un droit provincial, les parties doivent avoir des conseils indépendants, l'arbitrage doit intervenir en dehors de toute situation de violence domestique et de déséquilibre entre les parties et un certain nombre de droits pour l'appel doivent être protégés<sup>2007</sup>.

**1162.** Dans les provinces anglophones, l'arbitrage intervient souvent à la suite d'une médiation, on parle alors de « med-arbitration ». Les parties prévoient ainsi que si au bout

---

<sup>2001</sup> Pour une étude complète de l'arbitrage familial au Canada, voir Wilton Ann et Joseph Gary, *Family Law Arbitration in Canada*, Ed. Carswell, 2012.

<sup>2002</sup> Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, 2011, Ed. Irwin Law, p. 163 et s.

<sup>2003</sup> La Nouvelle Ecosse encadre également expressément l'arbitrage familial pour les droits familiaux matrimoniaux, *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275.

<sup>2004</sup> *Arbitration Act*, 1991, S.O. 1991, chapter 17

<sup>2005</sup> *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c.C. 12.

<sup>2006</sup> *Family Law Statute Amendment*, S.O. 2006, c. 1.

<sup>2007</sup> Landau Barbara, Wolfson Lorne et Landau Niki, *Family Mediation, Arbitration and Collaborative Practice Book*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexis Nexis, 2012, p. 4.

d'un délai déterminé, elles n'ont pas réussi à s'entendre dans le cadre de la médiation, le médiateur deviendra alors lui-même l'arbitre et tranchera les questions encore conflictuelles<sup>2008</sup>.

**1163.** L'arbitrage présente un certain nombre d'avantages. Il apparaît tout d'abord comme facilement accessible et adaptable, les parties sélectionnant elles-mêmes l'arbitre (parfois en fonction de sa réputation), déterminant les droits concernés par cet arbitrage, les pouvoirs de l'arbitre ainsi que la procédure qui doit être suivie. Les époux peuvent choisir que l'audience soit plus ou moins formelle, ils peuvent choisir quand et comment sera entendue leur affaire. Cette audience sera privée ce qui évitera la publicité qui peut intervenir dans certains tribunaux. De plus, les coûts de l'arbitrage sont prévisibles, ce qui n'est pas le cas lors d'une procédure judiciaire conflictuelle où l'affaire peut durer plus ou moins longtemps<sup>2009</sup>.

**1164.** Les opposants à cette pratique exposent, pour leur part, le fait que certains époux seraient réticents à payer les frais de l'arbitre. Certains juges reprochent également à l'arbitrage de ne pas contribuer à faire évoluer le droit, comme cela est le cas de jurisprudence. Comme le font remarquer Mmes Landau et M. Wolfson<sup>2010</sup>, si cette critique est justifiée, il faut également reconnaître que les parties ne cherchent pas à faire évoluer le droit lorsqu'elles divorcent mais plutôt à ce que leur affaire soit réglée dans les meilleurs délais et au meilleur coût. De plus, certains éditeurs réfléchissent actuellement à la possibilité de publier les décisions arbitrales. On constate également que, dans les provinces où cette procédure existe, les justiciables qui en ont les moyens la choisissent pour éviter d'aller devant le juge et une véritable justice à deux vitesses serait alors en train de se développer.

**1165.** La question se pose de savoir comment la décision rendue par un arbitre peut s'imposer à la juridiction qui doit rendre la décision de divorce. En droit ontarien, quatre conditions sont requises pour que le tribunal soit obligé de rendre une décision dans les mêmes termes que la décision arbitrale. Ainsi, la convention d'arbitrage dont découle la décision, doit avoir été rédigée conformément aux dispositions à la loi sur l'arbitrage<sup>2011</sup> et au

---

<sup>2008</sup> Payne Julien D. et Payne Marilyn A., voir ci-dessus p. 170.

<sup>2009</sup> Voir Payne Julien D. et Payne Marilyn A., ci-dessus, p. 164 et s., Landau Barbara, Wolfson Lorne et Landau Niki, ci-dessus, p. 133 et s.

<sup>2010</sup> Landau Barbara, Wolfson Lorne et Landau Niki, p. 134 et 135.

<sup>2011</sup> R.S.O. 1991 ; c. 17.

règlement spécifique sur l'arbitrage familial<sup>2012</sup>. Chacun des époux doit avoir reçu les conseils d'un avocat indépendant avant de signer cette convention. Les formalités relatives à la décision doivent avoir été respectées et l'arbitre doit avoir respecté les dispositions du règlement encadrant l'arbitrage familial (dont une formation d'une durée de minimum 14 heures).

**1166.** Concernant les pensions alimentaires entre époux, la décision arbitrale s'impose au juge de la même façon que si les dispositions étaient prévues dans une convention entre époux. Elle ne sera ainsi pas retranscrite par la cour si elle apparaît si injuste qu'elle choque la conscience des juges. Il sera possible pour le bénéficiaire de la pension de demander à ce que le montant décidé par l'arbitre soit modifié s'il apparaît injuste ou si les circonstances de l'affaire ont changé depuis la décision arbitrale<sup>2013</sup>.

**1167.** Contrairement aux provinces anglophones, le droit québécois ne prévoit pas l'arbitrage familial<sup>2014</sup>. Concernant le droit français, il est intéressant de constater que l'arbitrage, très présent en droit romain, était naturellement utilisé en matière familiale pendant la période du haut Moyen-Age et est même devenu obligatoire dans le cadre de certaines procédures familiales lors de la révolution française et en particulier pour certains divorces<sup>2015</sup>. La loi des 16 et 24 août 1790 prévoyait ainsi dans son article 2 le principe selon lequel toutes les matières étaient arbitrables et imposait également l'arbitrage dans un certain nombre de cas dont notamment, dans les rapports familiaux, toute contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles... L'objectif était alors d'éviter que « les éclats d'un procès ordinaire ne ruinent une famille entière »<sup>2016</sup>. Le statut de l'arbitrage fut totalement revu lors des codifications napoléoniennes et son interdiction instaurée en 1806 pour toutes les matières intéressant l'ordre public et à l'égard de toute personne n'ayant pas la libre disponibilité de ses droits. Aujourd'hui le Code civil français prévoit que si « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition (Art. 2059 C.civ.), « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus

---

<sup>2012</sup> *Family Arbitration Regulation*, O. Reg. 134/07.

<sup>2013</sup> Wilton Ann et Joseph Gary, *Family Law Arbitration in Canada*, Ed. Carswell, 2012, p. 88.

<sup>2014</sup> Il est en effet interdit de transiger sur les matières relatives à l'état ou à la capacité des personnes, art. 2632 C.c.Q.

<sup>2015</sup> Mallet-Bricout Blandine, « Arbitrage et droit de la famille », *Droit et Patrimoine* 2002, p. 104.

<sup>2016</sup> Mallet-Bricout Blandine, *op. cit.*

généralement sur toutes les matières qui intéressent l'ordre public » (Art. 2060 C.civ.). L'arbitrage paraît donc exclu en matière de divorce<sup>2017</sup>, même si comme le fait remarquer Mme Mallet-Bricout<sup>2018</sup>, il serait possible de distinguer les matières extra-patrimoniales et patrimoniales. Cette dernière catégorie serait, selon elle et selon l'article 2059 du Code civil, susceptible de pouvoir être soumise à l'arbitrage et dans le cas du divorce, si le prononcé de ce divorce ne peut être soumis à arbitrage, il en va différemment de la liquidation qui, selon l'auteur, pourrait relever des droits laissés à la libre disposition des parties et donc être soumis à arbitrage. Toutefois aujourd'hui, en droit français, même si l'arbitrage pourrait éventuellement être envisagé pour les conséquences patrimoniales du divorce, il n'est pas utilisé en pratique.

**1168.** Si le droit collaboratif, la médiation familiale et la procédure participative française sont en plein essor en France et au Québec, seules les provinces anglophones canadiennes reconnaissent la possibilité d'un arbitrage dans le cadre du divorce. Le développement des autres modes alternatifs de règlements des conflits conséquence du développement de l'idée d'une déjudiciarisation du divorce pourrait amener à envisager de nouveau la place de l'arbitrage dans le divorce en droit français et québécois. Ces nouveaux modes de règlement des conflits ont, également et dès à présent, une influence sur le rôle du notaire.

*d. Une nouvelle place pour le notaire ?*

**1169.** Le rôle premier des notaires, et celui qui est le plus connu, est de recevoir les actes et contrats « auxquels les parties doivent ou veulent faire donner » un caractère authentique<sup>2019</sup>. Spécialisé en droit des successions, des régimes matrimoniaux mais aussi des ventes immobilières, ils ne se limitent toutefois pas à authentifier les actes mais utilisent aussi leur impartialité et leur neutralité dans un objectif de conciliation<sup>2020</sup>. A l'instar de l'avocat, et

---

<sup>2017</sup> Thibierge Louis, « Arbitrage et volonté », *Droit et Patrimoine* 2012, p. 215.

<sup>2018</sup> Mallet-Bricout Blandine, *op. cit.*

<sup>2019</sup> De Poulpiquet Jeanne, « Notaire », *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2009, n°1 p. 3. L'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 définit la mission du notaire de la façon suivante : « les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et des expéditions », Adam-Beaume Evelyne, « Le rôle des notaires », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214.

<sup>2020</sup> MM. Claux et David voient d'ailleurs dans le notaire « un homme de conciliation par excellence », Claux Jean-Pierre et David Stéphane, « Divorce : le notaire nommé expert au cours de la procédure », *Rép. Def.*, 15 juillet 2008, n° 13, p. 1413 ; Gazeau Olivier, Lemaire Hugues et Vancleemput Franck, « 106ème Congrès des



avec l'aide de celui-ci, le notaire peut ainsi être amené à convaincre les époux d'arriver à un accord dans le cadre de leur divorce.

**1170.** En droit français, il intervient ainsi dans le cadre de la procédure de divorce. Dans un objectif de pacification et dans le but de développer les conventions entre époux, le législateur a en effet donné la possibilité au juge de nommer au titre des mesures provisoires un expert et/ou un notaire<sup>2021</sup> et ce sur deux fondements et dans deux objectifs différents. Ainsi, en vertu de l'article 255, 10° du Code civil, le notaire peut être chargé d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial, mission classique du notaire et, accessoirement, d'établir un projet de formation des lots à partager. Certains considèrent qu'une telle intervention du notaire peut être justifiée en cas de liquidation compliquée ou lorsque les époux peuvent être proches d'un accord<sup>2022</sup>. Un tel projet de liquidation peut aussi être important pour fixer une prestation compensatoire. Dans le cadre de sa mission, le notaire est à la fois un auxiliaire du juge et un expert. Il va intervenir comme tiers neutre et analyser la situation des parties. Il peut également être nommé sur le fondement de l'article 255, 9° du Code civil. La mission alors est de « dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux ». Le professionnel nommé sur ce fondement doit permettre au juge de pouvoir statuer en connaissance de cause sur les conséquences pécuniaires du divorce. Il va ainsi s'intéresser aux patrimoines commun et propres des conjoints afin de permettre au magistrat de déceler, ou non, une possible disparité entre les conjoints et donc de constater s'il est nécessaire d'attribuer une prestation compensatoire. Outre un état liquidatif du régime matrimonial, le professionnel, et donc le plus souvent un notaire, pourra établir ce que certains nomment un « audit compensatoire »<sup>2023</sup>. Il va en effet aller au-delà du simple patrimoine des époux pour s'intéresser également à leur âge, leur état de santé, leur situation professionnelle, leur droit à la retraite,... Cette mission est fondamentale car elle permet au juge de pouvoir obtenir tous les éléments liés à la fixation de la prestation compensatoire. Dans ce cadre, le notaire va au-delà de sa mission traditionnelle et permet au juge d'avoir une vision globale de la situation économique des époux en totale objectivité. Cette intervention neutre et qui donne une vision objective de la situation économique de chacun, peut aussi aider et inciter les époux à trouver

---

notaires de France – Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux – Vade-mecum du notaire intervenant dans les procédures de divorce », *JCP N.* 2010, Chronique n° 1178.

<sup>2021</sup> Gilles Jean-Pierre, « Divorce : le notaire auxiliaire de justice », *JCP N.* 2008, Chronique n° 1343.

<sup>2022</sup> Claux Jean-Pierre et David Stéphane, *op. cit.*

<sup>2023</sup> Claux Jean-Pierre et David Stéphane, *op. cit.*, plus particulièrement le paragraphe n°29.

un accord sur les conséquences pécuniaires de leur divorce ainsi que sur le règlement de leur régime matrimonial. Le notaire va alors au-delà de son rôle de simple « enregistrement » du divorce et peut même être négociateur. De même qu'en France, le notaire, au Québec, peut participer à la rédaction d'une entente familiale. Il pourra même intervenir devant le juge lorsque ce dernier convoque les parties afin de s'assurer qu'elles ont bien donné librement leur consentement au projet d'accord<sup>2024</sup>.

**1171.** Associé à l'avocat, il peut inciter les époux à se mettre d'accord sur les règlements pécuniaires de leur séparation en leur présentant objectivement l'étendue de leur patrimoine et leur situation économique. C'est ainsi que le Conseil supérieur du notariat a signé le 6 juillet 2010 une charte qui confère aux notaires le statut de « tiers de confiance de la médiation ». Des notaires, nommés par les conseils régionaux des notaires et le Conseil supérieur interviendront alors pour aider bénévolement des chefs d'entreprises ou des repreneurs ou créateurs d'entreprises qui subissent des difficultés économiques en raison de la crise économique actuelle<sup>2025</sup>. Certains souhaitent aller plus loin et faire du notaire un véritable médiateur<sup>2026</sup>. Concernant la procédure participative française, il est tout à fait concevable que le notaire intervienne dans le cadre d'une procédure participative française comme conseil à la demande des avocats<sup>2027</sup>. Des auteurs, tant québécois<sup>2028</sup> que français<sup>2029</sup>, considèrent d'ailleurs que notaires et avocats doivent travailler ensemble pour l'élaboration des conventions relatives aux conséquences du divorce et nous considérons également qu'une telle collaboration est nécessaire afin de préparer une convention qui ne sera pas susceptible d'être remise en cause en raison d'une liquidation erronée du régime matrimonial et dans laquelle, de plus, tous les éléments patrimoniaux des parties auront été pris en considération pour un octroi des plus équitables d'une pension alimentaire ou d'une prestation compensatoire.

---

<sup>2024</sup> Article 415 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile.

<sup>2025</sup> Adam-Beaume Evelyne, *op. cit.*

<sup>2026</sup> Yvon Rose, « Le rôle du notaire dans la médiation familiale », dans *La médiation*, Ed. Dalloz, 2009, p. 59 et s.

<sup>2027</sup> Adam-Beaume Evelyne, *op. cit.*

<sup>2028</sup> M. Roy, notaire lui-même, défend très fortement la place des notaires dans les conventions passées entre conjoints et ex-conjoints, voir en particulier Roy Alain, *Le contrat de mariage réinventé*, Perspectives socio-juridiques pour une réforme, Editions Thémis, 2002, p. 340 et s.

<sup>2029</sup> Voir, entre autres, pour le droit français en particulier depuis la réforme Lafond Jacques, « Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *JCP N* 2005, n°1181 p. 531, Breton Marie-Elisabeth et Claux Jean-Pierre, « Notaire-Avocat : une synergie nécessaire », *AJ Fam.* 1/2005 p. 15, et pour une vision encore traditionnelle de la place de l'avocat voir Lienhard Claude, « Droit patrimonial du divorce : contribution méthodologique à une clarification et à une harmonisation des rôles et des fonctions des avocats et des notaires », *AJ Fam.* 10/2005, p. 35.

**1172.** En ce qui concerne le notaire nommé par le juge, il apparaît, dans certains cas, comme un véritable auxiliaire de ce dernier et peut l'aider à prendre sa décision en ce qui concerne les règlements pécuniaires entre conjoints. Plus qu'un simple auxiliaire du magistrat, il a été envisagé qu'il le remplace dans le cadre d'un divorce sans juge en droit français<sup>2030</sup>. Cette proposition, qui sera étudiée ultérieurement, paraît pour l'instant abandonnée et le notaire reste avant tout un auxiliaire du juge et un intervenant neutre travaillant avec les avocats.

**1173.** Aujourd'hui les modes alternatifs de règlement des conflits se développent largement dans les droits étudiés car ils permettent de répondre à un objectif de pacification. Cette extension amène également à revoir les rôles des notaires et des avocats qui contribuent également activement à établir le dialogue entre les époux et à pacifier leurs relations. Ils confortent également ces conjoints en les rassurant et les protégeant. La médiation qui est certainement la plus utilisée de ces modes alternatifs doit son efficacité au fait qu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'un partenariat entre les différents acteurs judiciaires. Elle respecte leur place et s'insère dans le processus du divorce comme le fait aussi le droit de la famille collaboratif. Avocats, notaires et parfois médiateurs travaillent ensemble dans la préparation du règlement des conséquences du divorce. Mais l'intervention de ces auxiliaires de justice est-elle suffisante et aujourd'hui est-il encore nécessaire de faire appel au juge dans tous les cas de divorces ? Quel est alors le rôle du juge et l'importance de celui-ci ?

## *2. L'importance du rôle du juge*

**1174.** Le juge est un des personnages clés du divorce. S'il prononce le divorce et est alors celui qui a le dernier mot, son rôle est aussi de vérifier, en particulier dans le cadre des divorces sur consentement mutuel, si la volonté des parties est bien respectée et les intérêts de chacun des ex-conjoints et de leurs enfants protégés. Il est l'acteur principal de l'ordre public de protection. Toutefois, son rôle ne se limite pas à la seule mise en œuvre de cette protection et il a pu également se voir accorder un véritable rôle de conciliateur. Cette fonction est particulièrement présente en droit français avec l'audience de conciliation qui est obligatoire

---

<sup>2030</sup> Voir n°1069

avant l'audience judiciaire pour tous les cas de divorces, sauf celui sur requête conjointe<sup>2031</sup>. Dans le cadre de cette audience, avant la loi de 2004<sup>2032</sup>, le juge cherchait à réconcilier les parties et, si cela était, à les faire renoncer au divorce. Ces cas de « grande conciliation »<sup>2033</sup> étaient toutefois rares<sup>2034</sup> et dès avant 2004, le juge recherchait à obtenir une « conciliation limitée » des époux concernant les conséquences de leur divorce. Aujourd'hui, le juge doit concilier les parties tant sur le principe que sur les conséquences du divorce et toute idée de réconciliation des époux semble bien avoir disparu. Le juge cherche avant tout désormais à faire en sorte que les conjoints s'entendent pour régler eux-mêmes les conséquences de leur divorce.

**1175.** En droit canadien, le tribunal conserve encore aujourd'hui un important rôle de conciliateur. S'il constate avec les circonstances de l'espèce, les preuves ou l'attitude des conjoints qu'une réconciliation est possible, il est tenu de suspendre l'instance afin de permettre à ces époux de se réconcilier et de désigner un conseiller matrimonial ou toute autre personne pour les aider<sup>2035</sup>. Le juge peut également mettre en œuvre une procédure de règlement à l'amiable<sup>2036</sup> afin d'aider les parties à communiquer et à négocier les conséquences de leur divorce. Cette procédure, qui n'est pas propre aux affaires familiales, permet de réunir autour du juge les parties avec leurs avocats, si elles le désirent, ainsi que toutes parties qui peuvent être utiles au règlement du litige. Le juge dernier va alors jouer un véritable rôle de conciliateur, il va organiser avec les parties un calendrier de rencontre et si les parties arrivent à un accord, il homologuera la transaction.

**1176.** Malgré ce rôle de conciliateur, de négociateur voire d'entraîneur<sup>2037</sup>, certains souhaitent aujourd'hui aller plus loin et la place du juge et de la procédure judiciaire pose aujourd'hui question. Effectivement, lorsque le législateur décide de laisser plus de liberté au sujet de droit et d'aller au-delà de la simple adhésion vers une « aire de véritable création et de

---

<sup>2031</sup> Avant le 1er janvier 2005, la conciliation était réservée au divorce pour rupture de la vie commune et au divorce pour faute, ancien art. 251 C.civ. Aujourd'hui elle concerne les trois types de divorces autres que le divorce sur requête conjointe, art. 252 C.civ.

<sup>2032</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 réforme du divorce.

<sup>2033</sup> Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21ème édition, Ed. PUF, 2002, p. 585.

<sup>2034</sup> 0,1 %, voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011, n° 635, p. 273.

<sup>2035</sup> Art. 10 (2) et 25 L.D. ; voir également Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 453, Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°333, p. 498 et s.

<sup>2036</sup> Art. 161 à 165 du nouveau Code de procédure civile.

<sup>2037</sup> Bastard Benoit, *Les démarieurs, Enquêtes sur les nouvelles pratiques du divorce*, Ed. La Découverte, 2002, p. 53 et s.

liberté »<sup>2038</sup> il peut tout simplement décider de faire disparaître le contrôle du juge. Il peut aussi donner au magistrat soit un pouvoir d'autorisation préalable soit un rôle d'homologateur. Aujourd'hui si l'homologation judiciaire est très présente dans le droit du divorce, certains ont proposé d'aller au-delà et d'instaurer un divorce sans juge (a).

a. *Un divorce sans juge ?*

**1177.** L'idée d'un divorce sans juge n'est pas nouvelle et a déjà été envisagée et mise en œuvre dans différents pays dans le monde<sup>2039</sup>. C'est ainsi que, au Danemark, près de 90% des divorces sont accordés par une décision administrative. Pour avoir accès à cette procédure administrative les époux doivent être d'accord tant sur le principe du divorce que sur toutes ses conséquences. Ils n'auront pas à comparaître en audience et l'autorité administrative rendra sa décision en se fondant sur les seules déclarations écrites des époux<sup>2040</sup>. Le juge n'intervient qu'en cas de désaccord entre ces époux.

**1178.** En Russie, les cas où le divorce peut être prononcé par l'officier d'état civil sont plus limités. En effet, en principe, seuls les époux sans enfants communs et qui sont d'accord pour divorcer peuvent demander à ce que le divorce soit prononcé par l'officier d'état civil. Toutefois, trois exceptions sont prévues, exceptions qui permettent alors que le divorce soit prononcé à la demande d'un des époux en présence même d'enfants. Il s'agit des cas où l'un des époux a été soit déclaré absent par le tribunal, soit déclaré incapable également par le tribunal soit a été condamné pour crime à une peine privative de liberté supérieure à trois ans<sup>2041</sup>.

---

<sup>2038</sup> Voir Hauseur Jean, « Le juge homologateur en droit de la famille », dans *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de Ancel Pascal et Rivier Marie-Claire, Ed. Economica, 2001, p. 114 et s. et plus particulièrement p. 115.

<sup>2039</sup> Voir Hauseur Jean, « Le juge homologateur en droit de la famille », dans *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de Ancel Pascal et Rivier Marie-Claire, Ed. Economica, 2001, p. 114 et s. et plus particulièrement p. 115.

<sup>2040</sup> Voir Dutoit Bernard, Arn Raphaël, Sfondylia Beatrice et Taminelli Bischof Camille, *Le divorce en droit comparé, Volume 1 : Europe*, Ed. Librairie Droz, 2000, p. 23 et s. ; Dutoit Bernard et Chetail Vincent, *Le divorce en droit comparé, Volume 2 : Amérique du Nord*, Ed. Librairie Droz, 2002, p. 17 ; Dutoit Bernard, Arn Raphaël, Berniquet Gajic Nathalie et Chetail Vincent, *Le divorce en droit comparé, Volume 3 : Amérique Latine*, Ed. Librairie Droz, 2003, p. 14.

<sup>2041</sup> Dutoit Bernard, Arn Raphaël, Sfondylia Beatrice et Taminelli Bischof Camille, *Le divorce en droit comparé, Volume 1 : Europe*, Ed. Librairie Droz, 2000, p. 136.

**1179.** En Colombie, il existe un divorce devant notaire. Celui-ci ne peut toutefois être prononcé que lorsque les époux sont séparés de corps depuis plus de deux ans et que cette séparation a été prononcée soit judiciairement soit devant notaire<sup>2042</sup>. Le divorce est opéré par un acte notarié et en présence d'enfants mineurs, le procureur municipal doit donner son opinion dans les dix jours de l'acte sur l'ensemble de la situation. Il s'agit alors certainement en réalité d'entériner une situation qui existe déjà dans les faits et d'éviter que le mariage ne se poursuive indéfiniment plutôt que de prononcer le divorce demandé par commun accord par les époux comme cela est le cas au Danemark ou en Russie.

**1180.** Au Japon les époux peuvent divorcer de quatre façons différentes : par consentement mutuel, par voie judiciaire, par conciliation quasi (Chôtei) et par sentence dite « Shinpan »<sup>2043</sup>. Le divorce par conciliation et le divorce par Shinpan sont considérés comme des types de divorce consensuel et interviennent lorsque les époux ne s'entendent pas sur tous les éléments du divorce et, afin de s'entendre, sont assistés par un comité composé d'un juge du tribunal de la famille et de deux conciliateurs. Le divorce par consentement mutuel s'opère par un parallélisme des formes avec le mariage. Les deux interviennent à l'état civil par une déclaration écrite ou orale avec le concours obligatoire d'au moins deux témoins. En présence d'enfants, la déclaration ne sera acceptée que si les deux époux s'entendent pour confier l'autorité parentale à l'un d'entre eux. Cette forme de divorce sans juge s'explique par le fait qu'au Japon le mariage est considéré comme un contrat et non comme un sacrement. Pendant longtemps, il a aussi constitué un moyen pour le mari de masquer la répudiation de sa femme. Aujourd'hui la société japonaise est plus égalitaire et ce type de divorce pacifique est toujours plus utilisé que le divorce judiciaire. C'est ainsi qu'en 1985, 91,2 % des divorces étaient des divorces par consentement mutuel au Japon<sup>2044</sup> et cette proportion reste encore aujourd'hui très élevée. Le régime du divorce japonais comme le font remarquer MM. Wang et Katsumi est ainsi devenu un des plus libéral du monde<sup>2045</sup>.

---

<sup>2042</sup> Dutoit Bernard, Arn Raphaël, Sfondylia Beatrice et Taminelli Bischof Camille, *op. cit.*, p. 376 et 377.

<sup>2043</sup> Matsukawa Tadaki, *La famille et le droit au Japon*, Ed. Economica, 1991, p. 63 et s. Le divorce par Shinpan intervient lorsque les conjoints ne sont pas arrivés s'entendre sur des points précis ou par mésentente à la suite de la conciliation. Le tribunal de la famille qui effectue la conciliation peut alors décider de trancher lui-même le différend en rendant une décision. Les époux peuvent s'opposer à cette décision pendant deux semaines. Cette décision est rendue en audience privée par le juge laissant ainsi au juge une grande latitude (Takizuwa Itsuma, « Quelques aspects du droit japonais de la famille », dans *Etudes de droit japonais, Volume 2*, Ed. Société de législation comparée, 1999, p.55 et s., et plus particulièrement p. 63 ). Voir également Oda Hiroshi, *Japanese Law*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford University Press, 1999, p. 382.

<sup>2044</sup> Matsukawa Tadaki, p. 76

<sup>2045</sup> Voir Wang T.-C. et Katsumi Yoshida, « Fascicule Japon », *Jurisclasseur Droit comparé*, m. à j. juillet 2010, n° 78 et s.

**1181.** Enfin, le divorce sans juge se développe en Europe et dès 2015, les époux néerlandais sans enfants mineurs auront la possibilité de divorcer sans juge. Aujourd'hui, pour divorcer, ils sont déjà obligés de présenter un « plan parental » déterminant les conditions d'exercice de l'autorité parentale, du droit de visite ainsi que le montant de la pension alimentaire<sup>2046</sup>. En Roumanie, les conjoints peuvent déjà divorcer devant un notaire, un officier d'état civil ou un magistrat<sup>2047</sup>. Le divorce devant un notaire ou un officier d'état civil est possible en l'absence d'enfants mineurs et avec le consentement des deux époux, ou devant le notaire en cas de présence d'enfants mineurs si les époux s'entendent sur l'intégralité des conséquences du divorce. Un projet de loi est actuellement en cours en Espagne afin de permettre un divorce devant notaire pour les couples sans enfants mineurs (les enfants majeurs et émancipés devant être entendus dans le cadre de ce futur divorce)<sup>2048</sup>.

**1182.** Ainsi avec ces différents exemples, deux grandes tendances semblent se dessiner pour les divorces extra-judiciaires. La première est de permettre à des conjoints qui sont d'accord tant sur le principe que sur les conséquences du divorce de pouvoir divorcer plus rapidement sans l'intervention d'un juge. La seconde est de permettre d'entériner des séparations de corps ou des séparations de fait physique (avec la peine privative de liberté et l'absence en Russie) ou intellectuelle (avec l'incapacité en Russie). Dans le cas particulier de cette séparation intellectuelle avec l'incapacité en Russie, il est étonnant que le divorce puisse n'être qu'administratif et à la demande d'un seul des époux alors que l'époux incapable aurait particulièrement besoin d'une protection judiciaire vu son incapacité.

**1183.** Différents arguments sont exposés pour soutenir ou contester la mise en œuvre d'un divorce sans juge. Au Québec c'est essentiellement M. Patrick Roy qui défend un tel divorce<sup>2049</sup>. En France, une des auteurs qui a le plus soutenu ce divorce est Mme Irène Théry<sup>2050</sup> dont les arguments ont également été repris par une partie, minoritaire, des

---

<sup>2046</sup> Vautravers Marie, « Des tulipes, de l'edam et un « plan parental », *RJPF* 2014, n° 7 p. 2.

<sup>2047</sup> Ferrand Frédérique, « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12

<sup>2048</sup> Voir Cerdeira Bravo de Mansilla Guillermo, « Le projet de divorce notarial en Espagne », *Dr. Fam.* 2015, Février 2015, Etude n°8.

<sup>2049</sup> Dutoit Bernard, Arn Raphaël, Berniquet Gajic Nathalie et Chetail Vincent, *Le divorce en droit comparé, Volume 3 : Amérique Latine*, Ed. Librairie Droz, 2003, p. 68.

<sup>2050</sup> Roy Alain, « Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans Nicolas Kasirer et Noreau Pierre, *Sources et instruments de justice en droit privé*, 2002, p. 287 et s.

membres de la commission présidée par Mme Françoise Dekeuwer-Défossez qui est à l'origine du rapport « Rénover le droit de la famille »<sup>2051</sup>.

*α) Les arguments en faveur d'un divorce sans juge*

**1184.** Trois grands arguments principaux sont mis en exergue par les défenseurs d'un divorce sans juge. Le premier concerne l'institution judiciaire elle-même et sa crédibilité, le second les conjoints et le troisième le mariage en tant que tel.

**1185.** Le premier argument soutenu est donc le fait qu'aujourd'hui dans un certain nombre de cas le juge se contente d'avoir un rôle d'enregistrement ou administratif en se limitant à homologuer un divorce et une convention dont tous les points ont été déterminés par les parties et leurs avocats. Il ne vérifierait que très rapidement l'équité de la convention et dans les faits se contenterait d'enregistrer le divorce. Mme Théry se demande d'ailleurs quel peut être le sens d'une telle procédure à partir du moment où le juge se limite à ce rôle d'enregistrement<sup>2052</sup>. M. Roy va même plus loin et explique qu'il ne voit pas en quoi le juge pourrait s'immiscer dans la décision prise par les deux époux. Selon lui, même si l'un des conjoints fait pression sur l'autre pour qu'il accepte le divorce, l'intervention du juge ne modifie pas la situation, le juge ne pouvant pas concrètement déceler les pressions et faire une enquête précise sur les conditions dans lesquels les époux ont pris leur décision<sup>2053</sup>. Pour ces auteurs l'intervention judiciaire ne serait pas nécessaire en cas de consensus des conjoints et afin de redonner une certaine légitimité au magistrat qui n'interviendrait qu'en cas de conflit, le prononcé du divorce en cas d'accord total des conjoints pourrait être fait devant un auxiliaire de justice ou un officier d'état civil. M. Roy va encore plus loin et propose qu'en cas de désaccord les époux ne soient pas obligés de faire appel à un juge pour régler leur différend et qu'un tiers arbitre puisse régler le litige à la place du juge<sup>2054</sup>.

**1186.** Le second argument soutenu par les défenseurs d'un divorce déjudiciarisé concerne les époux eux-mêmes. On prétend alors que l'obligation de soumettre une

---

<sup>2051</sup> Théry Irène, *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 122 et s.

<sup>2052</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob, Septembre 1999.

<sup>2053</sup> Théry Irène, op. cit. p. 124.

<sup>2054</sup> Roy Alain, op. cit., p. 306.



convention au juge revient à considérer les époux comme des personnes incapables nécessitant une protection et qui ne peuvent seules déterminer les conséquences de leur divorce et envisager ce qui est le mieux pour elles. Ce serait alors à l'encontre des grands principes fondamentaux actuels de liberté et de responsabilité, principes qui sont en particulier reconnus entre les conjoints. De plus, les concubins sont libres d'élaborer seuls les conventions relatives à leur vie commune et à la rupture de celle-ci et il peut apparaître injuste de ne pas reconnaître aux époux une pareille liberté. Il est aussi mis en valeur que mettre en œuvre les principes généraux du droit des contrats pourrait permettre tant de respecter la liberté des ex-époux mais aussi constituerait une protection efficace des époux avec, entre autres, l'application des dispositions relatives aux nullités. Le divorce déjudiciarisé, tout en protégeant les époux avec l'application des règles du droit commun des contrats, permettrait aussi de reconnaître la pleine capacité des époux.

**1187.** Enfin, le dernier argument en faveur d'un divorce déjudiciarisé qui concerne le mariage et sa revalorisation, n'est pas sans rappeler les développements précédents. En effet, rendre aux époux leur pleine liberté et responsabilité permettrait de revaloriser le mariage dont la rupture obligatoire devant le juge apparaît comme pénalisante pour certains voire effectuée sous la tutelle d'un juge<sup>2055</sup>. Le divorce déjudiciarisé permettrait ainsi de revaloriser tant le mariage, que l'institution judiciaire elle-même. Il correspondrait, de plus, à l'évolution actuelle et au fait que les conjoints organisent déjà seuls leur vie bien avant le mariage, au cours d'une union de fait de plus en plus fréquent, et sorte de mariage à l'essai, et continuent même pour beaucoup à organiser leur séparation et ses conséquences bien avant de divorcer. Ainsi, comme nous l'explique Mme Théry, en 1990 en France, 20% des couples séparés de fait n'étaient pas divorcés après cinq ans de séparation. Le divorce ne constitue alors pour ces couples qu'une régularisation et l'intervention d'un juge n'est pas nécessaire.

**1188.** A ces arguments principaux s'ajoutent ceux du coût de la procédure chère tant pour le justiciable que pour la justice elle-même.

**1189.** Si un certain nombre d'arguments tendent à retenir la possibilité d'un divorce sans juge, ils sont contestés par un certain nombre d'auteurs.

---

<sup>2055</sup> Théry Irène, *op. cit.*, p. 130.

*β) Les arguments en faveur de la défense d'un divorce avec juge*

**1190.** Toutefois si pour les défenseurs d'un divorce sans juge, cette avenue permettrait tant de revaloriser le rôle du juge que l'institution du mariage, pour de nombreuses personnes, aujourd'hui encore, un divorce déjudiciarisé est tout simplement inconcevable. Même des auteurs qui défendent le développement de la contractualisation au sein de la sphère privée et les conventions entre conjoints comme Mme Shultz<sup>2056</sup> admettent la nécessité de l'intervention étatique, et en particulier du juge, pour la mise en œuvre de ces conventions. L'Etat ne doit pas seulement définir des grands principes pour la protection des époux mais il doit également s'assurer de leur respect, et donc par la même de la protection des conjoints, par l'intervention des magistrats.

**1191.** Les arguments soulevés à l'encontre d'un divorce sans juge répondent alors en écho à ceux exposés au soutien d'un tel divorce. Ainsi à l'argument selon lequel le divorce sur requête conjointe dévaloriserait l'office du juge qui se limiterait à prononcer le divorce, on rétorque qu'il n'y a pas de divorce simple<sup>2057</sup> et que l'intervention judiciaire est nécessaire pour éviter les abus ainsi que le soutiennent des associations de protection des femmes. L'intervention du juge est nécessaire tant pour la protection des enfants, et sur ce point la doctrine est unanime<sup>2058</sup>, que pour celle des deux conjoints. Cette protection doit intervenir en cas de violence ou de position de domination de l'un des deux époux mais aussi d'une façon générale dans tout divorce. Le juge a également un rôle psychologique essentiel pour les parties. Il représente le symbole de la fin du mariage et comme l'explique Jean-Pierre Bonafe-Schmidt<sup>2059</sup>, en reprenant les termes de médiateurs, « en disant le droit, il est un lieu transitionnel de passage, un lieu de ritualisation d'une transformation et un lieu qui pose des limites ». L'intervention judiciaire est donc psychologiquement essentielle et assure l'ultime

---

<sup>2056</sup> Shultz Marjorie Maguire, « Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy », [1982] 70 *Cal. L. Rev.* 204, p. 328 et s.

<sup>2057</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob, Septembre 1999, p. 120.

<sup>2058</sup> Voir Roy Patrick, *op. cit.*, p. 312, Commission dirigée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008, plus particulièrement p. 117. Dans les différents droits ayant adopté un divorce sans juge, un tel divorce n'est généralement prononcé qu'en l'absence d'enfants. Voir également la thèse de Vincent Egéa qui montre l'importance du rôle du juge homologateur dans la jurisprudence pour la protection des enfants et des intérêts économiques des époux, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, 2010, Ed. Defrénois, p. 158 et s. ; de même que le Haut Conseil de la Famille dans son *Rapport sur Les ruptures familiales : état des lieux et propositions*, avril 2014, p. 13

<sup>2059</sup> Bonafe-Schmidt Jean-Pierre, « La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 410.

protection des conjoints. On ajoute également que si les justiciables se plaignent de la justice dans le cadre du divorce ce n'est pas tant de l'intervention du juge en tant que tel que de l'organisation même de la justice.

**1192.** Enfin et surtout, déjudiciariser le divorce pose la question fondamentale de la place qui doit être celle du mariage et de sa possible désinstitutionnalisation. En effet, dans des sociétés où l'union libre est de plus en plus fréquente et où le mariage se trouve en concurrence avec des partenariats comme le PACS français, le divorce judiciaire permet au mariage de conserver sa spécificité et son statut d'institution et non de simple contrat. Il empêche aussi une rupture purement discrétionnaire laissée à la liberté des membres du couple comme cela est le cas pour le PACS ou le concubinage<sup>2060</sup>. Dans le rapport rendu par Mme Dekeuwer-Défossez en 1999, cette question avait déjà été envisagée et certains membres du groupe de travail avaient ainsi rejeté le divorce sans juge car il constituerait une reconnaissance de la désinstitutionnalisation du mariage<sup>2061</sup>. La Commission dirigée par le Professeur Guinchard l'a également fait remarquer: « Supprimer le juge dans le divorce par consentement mutuel, c'est également rapprocher le mariage d'un contrat ordinaire » et de rajouter « c'est donc changer de modèle de société. Et cela, seul le législateur peut le faire ». Déjudiciariser le divorce, ou tout du moins un type de divorce, revient effectivement à modifier toute la philosophie relative au mariage, ce mariage qui est encore (en France et certainement plus qu'au Québec) considéré comme une institution et à se poser la question de savoir d'une façon plus générale quelle valeur doit être donnée aux promesses échangées lors de toute union<sup>2062</sup>.

*b. Vers un divorce sans juge dans les droits étudiés ?*

**1193.** En France, l'idée d'un divorce sans juge fut évoquée par Mme Elisabeth Guigou, alors ministre de la Justice, en 1997. Le groupe de travail de Mme Dekeuwer-Défossez s'est alors intéressé aux différents exemples de divorces non judiciaires existant à l'étranger et que nous avons exposé précédemment. Ces exemples n'étaient pas apparus

---

<sup>2060</sup> Voir Granet-Lambrechts Frédérique, « Un divorce par consentement mutuel sans juge ? », *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Widerkehr*, Ed. Dalloz, 2009, p. 357.

<sup>2061</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob, Septembre 1999.

<sup>2062</sup> Voir Fulchiron Hugues, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial ») », *D.* 2008 p. 270.

comme particulièrement concluant pour cette commission mais ils avaient l'avantage de poser le problème d'un divorce à deux vitesses. En effet, le divorce sans juge est moins onéreux qu'un divorce devant le juge et il pourrait alors apparaître comme un divorce plus abordable pour les classes moyennes qui n'ont pas toujours les moyens d'engager un avocat et ne sont pas assez pauvres pour bénéficier de l'aide juridictionnelle. Mettre en place un divorce déjudiciarisé pourrait alors amener à instaurer une procédure de divorce à deux vitesses.

**1194.** Toutefois, si la commission Dekeuwer-Défossez avait écarté la possibilité d'un divorce sans juge, celle-ci a été remise à l'ordre du jour en 2007 par la ministre française de la Justice, Madame Rachida Dati, ainsi que le ministre chargé du budget et la Commission d'experts sur la révision générale des politiques publiques<sup>2063</sup> qui ont envisagé de faire du notaire un véritable juge du divorce. L'idée était alors que le notaire établisse le divorce sans l'intervention du juge<sup>2064</sup> dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel d'un couple sans enfant. En effet, le notaire étant souvent envisagé comme une forme de justice de proximité en France et assurant une certaine solennité des actes, il apparaissait comme le plus à même de remplacer le juge. Son intervention, au-delà de l'avantage de la simplicité, semblait moins traumatisante pour les parties. Toutefois si la place et la fonction particulière du notaire parmi les professions du droit et son statut d'officier public pouvaient plaider en faveur d'un divorce devant notaire, ce n'est pas la position qui a été soutenue par de nombreux auteurs qui pensaient, pour leur part, qu'un tel divorce ne devait pas être retenu. Les protestations les plus virulentes sont venues des avocats qui, tout en défendant les intérêts de leur profession, voyaient dans ce divorce devant notaire une « défiance à l'égard du juge » et ont considéré que cette réforme serait « la porte ouverte à de nombreux abus »<sup>2065</sup>. L'idée d'un divorce devant notaire fit, à la demande de la ministre de la justice, l'objet d'une étude particulière par la Commission dirigée par le Professeur Guinchard<sup>2066</sup>. La Commission s'est alors interrogée sur la possibilité d'un divorce déjudiciarisé tant devant un notaire que devant un officier d'état civil ou un greffier. En ce qui concerne plus particulièrement le divorce devant notaire, différents arguments ont été exposés afin de rejeter un tel divorce. On a ainsi souligné que, malgré quelques exemples de divorce devant notaire, la tendance actuelle

---

<sup>2063</sup> Voir Canalès Gérard, « Réforme du divorce : il faut poser les bonnes questions », *Droit et patrimoine* Février 2008 n°167, p. 16.

<sup>2064</sup> Voir Le monde, dépêche de l'AFP du 12 décembre 2007, « Divorce devant notaire: « une piste de travail » à discuter selon Mme Dati », trouvé sur [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)

<sup>2065</sup> Le Monde, « Forte mobilisation des avocats contre le projet de réforme du divorce », 19 décembre 2007, trouvé sur [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)

<sup>2066</sup> Commission dirigée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008, plus particulièrement p. 87 et s.

mondiale n'est pas d'aller vers un divorce sans juge devant notaire mais de simplifier la procédure devant le juge afin de mieux tenir compte des accords entre conjoints. De plus, même si certains soutenaient que le notaire était un juge de proximité, divers arguments, selon la commission, s'opposaient à faire du notaire un véritable juge. En effet, s'il est un rédacteur d'acte, le notaire n'est pas un véritable juge et la simple rédaction d'un acte de divorce valant divorce pourrait également être effectuée par tout autre professionnel du droit. Le notaire se limite aux aspects matériels et pratiques du divorce et n'envisage pas les aspects humains et psychologiques de celui-ci. S'il peut vérifier l'équilibre de la convention et le consentement des parties, il ne dispose pas des pouvoirs d'enquête du juge et, aujourd'hui, le moyen de pression du notaire pour obliger les parties à modifier une convention est le refus d'homologation du juge. De plus même si il était envisagé définitivement d'instaurer un divorce devant notaire deux problèmes pourraient encore se poser. Le premier est celui de l'exigence d'impartialité qui serait imposée conformément à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et qui obligerait le notaire qui prononce le divorce à ne pas être le rédacteur de la convention des époux. Le second est qu'il serait nécessaire de revoir le statut des notaires afin de leur octroyer un statut similaire à celui des juges de proximité. Il ne pourrait agir à titre de juge dans le ressort du Tribunal de grande instance dans lequel il exerce à titre de notaire. Introduire un notaire – juge reviendrait en réalité à réintroduire un juge dans une procédure que l'on souhaite déjudiciariser et n'apporterait aucun avantage par rapport à la situation qui prévaut. Il semble donc en définitive que tant le notaire qui constate le divorce que celui qui le prononce ne soit pas une solution adéquate pour un divorce déjudiciarisé et si le notaire doit conserver sa place, il doit le faire à titre de collaborateur et d'aide du juge et non pour le remplacer.

**1195.** La possibilité d'un divorce devant notaire est donc abandonnée en France. En 2010, le gouvernement a envisagé, dans un objectif de simplification de procédure et d'économie, de donner la possibilité au juge de décider de ne pas faire comparaître les époux sans enfant mineurs dans le cadre d'une procédure de divorce sur consentement mutuel<sup>2067</sup>. La Commission Guinchard<sup>2068</sup> avait en effet envisagé cette possibilité en lieu et place d'un divorce devant notaire. Elle avait alors évalué l'économie apportée par cette mesure à 7 emplois de magistrats et 20 de personnel de greffe. Insérée dans le projet de loi relatif à la

---

<sup>2067</sup> Projet de loi n°344 déposé au Sénat le 3 mars 2010 relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

<sup>2068</sup> Voir Commission dirigée par le Professeur Guinchard, *op. cit.*

répartition des contentieux et à l'allègement des procédures juridictionnelles, la disposition prévoyant cet aménagement de procédure a été supprimée en première lecture par le Sénat. Il a en effet été considéré que la réforme de 2004 avait déjà permis une accélération des procédures et les économies subséquentes<sup>2069</sup>. Il a également été mis en valeur l'utilité de la comparution qui permet de s'assurer de la réalité du consentement des époux et de l'absence de contrainte sur l'un des conjoints. Il a aussi été expliqué que cette comparution constituait « une mesure d'instruction complémentaire aux pièces transmises au juge » et qu'elle donnait, de plus, une certaine solennité au divorce, nécessaire au regard de la gravité de la décision de divorcer. Cette disposition n'a donc finalement pas été retenue dans la loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles<sup>2070</sup>. Aujourd'hui, toute réforme en la matière ne semble néanmoins pas abandonnée. En effet, il a été de nouveau proposé en décembre 2013 à la ministre de la Justice française de transférer au greffier du tribunal la compétence en matière de divorce par consentement mutuel que le couple ait ou non des enfants et quel que soit la consistance du patrimoine. Le groupe de travail a en effet considéré que le greffier avait la même capacité que le juge pour vérifier la réalité de la volonté des conjoints et pour déceler les situations conflictuelles<sup>2071</sup>. Suite à cette proposition, des voix se sont fait entendre pour défendre le divorce devant le juge<sup>2072</sup>. Un rapport sénatorial de février 2014<sup>2073</sup> a de nouveau évoqué la possibilité d'un divorce par consentement mutuel sans enfant ni patrimoine commun devant un greffier avec la possibilité de faire un recours devant le juge. Les propositions françaises en vue de la déjudiciarisation d'un certain nombre de divorce sur consentement mutuel se succèdent donc à un rythme de plus en plus rapproché, reste à savoir si des impératifs budgétaires amèneront finalement à leur adoption par le législateur.

---

<sup>2069</sup> Detraigne Yves, *Rapport n° 394 fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 mars 2011 sur le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*.

<sup>2070</sup> Voir Géré Thierry, « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures », *RJPF* 2012, n° 2 p. 12.

<sup>2071</sup> Delmas-Goyon Pierre, *Rapport à Madame la garde des Sceaux, « Le juge du 21ème siècle » – Un citoyen acteur, un équipe de justice*, décembre 2013, p. 107 et s.

<sup>2072</sup> Voir la déclaration du Bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris, Pierre Olivier Sur, sur le site de l'Ordre des avocats de Paris, <http://www.avocatparis.org>. Voir également Avena-Robardet Valérie, « 2014, une année charnière », *AJ Fam.* 2014 p. 3.

<sup>2073</sup> Tasca Catherine et Mercier Michel, *Sénat – Rapport d'information n° 404 – Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, février 2014.

**1196.** Au Canada, à l'exception de M. Roy, il est peu envisagé de déjudiciariser le divorce. La Cour suprême dans le cadre de la décision *Miglin*<sup>2074</sup> a même largement reconnu le rôle essentiel du juge en laissant à ce dernier la possibilité d'apprécier en dernier lieu les conventions au regard des objectifs fixés par la loi et de pouvoir les modifier en cas de non-conformité. De plus, dans la décision *Rick c. Brandsema*<sup>2075</sup>, elle a insisté sur la possibilité pour les juges de remettre en cause une convention de partage de biens familiaux en raison de l'instabilité mentale de l'épouse défavorisée par la convention, cette épouse, même en présence d'un avocat, étant vulnérable et sa perception de la réalité étant affectée. La négociation de la convention s'était faite en présence de médiateurs et d'avocats. Dans ce cas, même la présence d'un avocat n'avait pas été suffisante pour justifier le partage inéquitable et la capacité de l'épouse, et l'intervention du juge était nécessaire pour effectuer un nouveau partage plus équitable, correspondant aux objectifs de la loi sur le divorce. Le rôle du juge demeure donc essentiel au Canada, et, même dans le cadre d'une procédure de divorce encadrée par le droit de la famille collaboratif, il continue d'approuver la convention passée par les parties et de prononcer le divorce. Une sorte d'accord tacite s'est mise en place entre les avocats et le juge qui sait dans quelles conditions la convention a été élaborée et qui acceptera la convention en sachant que celle-ci a été discutée équitablement entre les parties.

**1197.** Que ce soit pour défendre les intérêts des conjoints et de leurs enfants ou pour défendre la spécificité de l'institution du mariage, il nous semble encore essentiel aujourd'hui de conserver le divorce judiciaire. Celui-ci, même dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe, demeure une étape fondamentale dans l'épreuve que constitue la rupture d'un mariage et ceci également lorsque les deux conjoints s'entendent sur tous les éléments du divorce. Le passage devant le juge nous apparaît comme une nécessité pour le travail de deuil qui doit être fait par les conjoints. A l'instar de la commission présidée par Mme Dekeuwer-Défossez, nous considérons que plus qu'un divorce sans juge, c'est la modification de la procédure de divorce et sa simplification qui est essentielle. La réforme française du divorce de mai 2004 a permis une évolution fondamentale dans ce domaine. Aujourd'hui, la durée moyenne de la procédure de divorce sur requête conjointe est de 3,7 mois<sup>2076</sup> Cette procédure

---

<sup>2074</sup> *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303

<sup>2075</sup> *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295, commentée par Lasalle Raymonde et Perreault Stéphanie, Repères, avril 2009, EYB2009REP821

<sup>2076</sup> Commission dirigée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, p. 101.

de courte durée est plus simple, moins onéreuse et plus accessible pour les conjoints et conserve cette intervention du juge si importante.

**1198.** Les modes alternatifs de règlements des conflits, tels que la médiation, le droit collaboratif ou encore l'arbitrage ou la négociation, mieux insérés dans la procédure de divorce, permettront aussi de contribuer à pacifier la séparation. Il est prévu au Québec que le juge intervienne lui-même pour aider les époux à négocier et résoudre les litiges qui pourraient perdurer à la suite de la mise en œuvre de ces modes alternatifs comme le droit collaboratif. Ainsi, le juge en chef peut à la demande des parties désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable<sup>2077</sup> dont l'objectif sera d'amener les parties à communiquer, à évaluer leurs besoins, intérêts et positions et à explorer les solutions pour conduire à une solution mutuellement satisfaisante pour chacune des parties<sup>2078</sup>. Le juge intervient alors comme une sorte de médiateur et remplit la mission de conciliation qui lui est octroyée par le législateur<sup>2079</sup>. La procédure de pacification est dans ce cas intégrée directement dans la procédure judiciaire. Tous les objectifs d'un divorce idéal peuvent alors être atteints avec cette procédure : règlement des litiges et pacification de la relation des ex-conjoints.

---

<sup>2077</sup> Articles 161 et 162 du nouveau Code de procédure civile du Québec, voir également l'article 9 du même Code.

<sup>2078</sup> Tétrault Michel, *Droit de la famille, Volume 4, La procédure, la preuve et la déontologie*, Ed. Yvon Blais, 2010, p. 804 et s.

<sup>2079</sup> Voir l'article 9 du nouveau Code de procédure civile ainsi que Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 549 et s.



### CONCLUSION DU CHAPITRE III

**1199.** La contractualisation des règlements pécuniaires entre conjoints apparaît aujourd'hui comme nécessaire. Même si l'analyse économique du droit s'interroge sur l'utilité de celle-ci, des arguments sociologiques et psychologiques, et en particulier la volonté de pacifier le conflit et de permettre aux ex-époux de se réapproprier leur rupture, vont dans le sens d'une contractualisation accrue.

**1200.** Néanmoins, afin de protéger les époux affaiblis psychologiquement ou financièrement, cette contractualisation ne peut se faire sans encadrement. On a vu alors progressivement se développer des modes alternatifs de règlements des conflits qui permettent d'allier ces objectifs de protection et de liberté contractuelle des conjoints. Outre les traditionnels médiateurs et arbitres, pour ces derniers dans les provinces canadiennes anglophones, les avocats ont fait évoluer leur rôle et sont devenus de véritables conciliateurs avec l'apparition du droit de la famille collaboratif en Amérique du Nord et, très récemment, de la procédure participative en France. On a pu également s'interroger sur la nécessité de conserver un divorce judiciaire. Il nous semble toutefois que, plus que jamais, le juge doit garder son rôle de protecteur final des époux ainsi que des enfants, mais doit le coordonner avec la nouvelle place des avocats, notaires et autres nouveaux collaborateurs de la procédure de divorce comme le médiateur.

## CONCLUSION DU TITRE II

**1201.** Dans une société marquée par l'individualisme et la liberté, laisser aux ex-conjoints la liberté de pouvoir intervenir dans la détermination des règlements pécuniaires consécutifs à leur divorce est fondamental. Ils seront les premiers concernés par ces règlements et les associer voire les laisser décider des obligations qui les lieront, est certainement la meilleure solution pour les leur faire accepter et respecter.

**1202.** Toutefois comme l'a récemment fait remarquer la Cour suprême du Canada : « Les négociations consécutives à la rupture du lien conjugal ont lieu dans des circonstances particulièrement difficiles. En raison de ce contexte particulièrement émotionnel, il importe de veiller à ce que, dans la mesure du possible, le partage des biens des conjoints résulte de négociation d'où sont absentes l'exploitation psychologique et l'exploitation liée au déficit d'information »<sup>2080</sup>

**1203.** Aidé dans son travail par les avocats, les médiateurs ou encore les notaires, il revient au juge de protéger les conjoints et de vérifier que leur consentement a bien été respecté<sup>2081</sup>. Ce travail doit être fait en commun et, en France, certains tribunaux mettent en place des chartes sur le mode de présentation des faits et des arguments ou encore l'interprétation de certains textes. Il nous semble que cela peut alors être une solution pour concilier liberté des conjoints et protection de chacun d'entre eux et de leurs enfants.

**1204.** Néanmoins, si la protection et le respect de la liberté des époux en cours de divorce s'organisent, aujourd'hui, des couples de plus en plus nombreux vivent en dehors du mariage et de plus en plus d'enfants naissent hors mariage. Les problèmes qui interviennent dans le cadre du divorce existent également pour la dissolution des unions hors mariage et la question peut alors se poser de mettre en œuvre un droit commun du couple afin de protéger également les partenaires de ces unions et leurs enfants.

---

<sup>2080</sup> *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295.

<sup>2081</sup> Butruille-Cardew Charlotte, Chauveau Véronique, Rae Maggie et Weiss-Gout Béatrice, « Table ronde – Quels outils inventer pour faire vivre une justice en crise », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, n°85, p. 50.

### **TITRE III : L'EXTENSION DES OBLIGATIONS LIEES AU DIVORCE AUX AUTRES CAS DE RUPTURES – UN DROIT COMMUN DE LA RUPTURE DU COUPLE**

**1205.** Au cours des dernières années se sont développées dans les droits étudiés de nouvelles formes d'union ou de vie commune. Ainsi, à côté du traditionnel concubinage ou union libre, sont apparus, en France, le PACS, et, au Québec, l'union civile. Ces unions dont les régimes paraissent différents de celui du mariage, fonctionnent dans les faits comme le mariage : un partenaire peut ainsi se retrouver économiquement dépendant de l'autre en raison de choix faits pendant l'union de fait, le PACS ou encore l'union civile. Mais, les dispositions relatives à ces nouvelles unions prévoient-elles une protection pour ces partenaires dépendants ? (Chapitre I). Et si une telle protection n'existe pas et malgré des choix d'union différents, les partenaires de ces nouvelles formes de vie commune n'ont-ils pas besoin au moment de la dissolution d'une protection similaire à celle des conjoints et ne faut-il pas étendre entre ces ex-partenaires ces obligations ? (Chapitre II). De même que pour les ex-conjoints, n'est-il pas d'ordre public de mettre en œuvre de telles obligations entre les ex-partenaires ou concubins ?

**Chapitre I :** La reconnaissance de nouvelles unions et de nouvelles protections

**Chapitre II :** La possible uniformisation des régimes des nouvelles unions avec celui du mariage ?

#### **CHAPITRE I : LA RECONNAISSANCE DE NOUVELLES UNIONS ET DE NOUVELLES PROTECTIONS**

**1206.** L'histoire du mariage est très fortement liée à celle de l'humanité et les législations relatives à celui-ci figurent certainement parmi les plus anciennes. Toutefois à côté du mariage officiel a toujours existé une forme d'union hors du droit : le concubinage ou union libre (I) qui a bénéficié dernièrement d'une certaine reconnaissance et protection. Le phénomène le plus nouveau en la matière est qu'à côté du mariage et du concubinage sont apparus de nouveaux types d'union (II). Grandes nouveautés de la fin du XX<sup>ème</sup> siècle et du début du XXI<sup>ème</sup>, ils montrent la volonté du législateur de mettre en place une troisième voie en faveur de certains couples et minorités particulières.

## § 1. CONCUBINAGE – UNION LIBRE : LIBERTE ET PROTECTION LIMITEE

1207. En France on parle de concubinage et d'union libre<sup>2082</sup>. Au Québec on parlera plutôt d'union de fait<sup>2083</sup> et dans les provinces canadiennes anglophones de *common law marriage*<sup>2084</sup>, « mariage selon les règles de *common law* » ou mariage de fait. Quel que soit le vocable utilisé la situation concernée est la même : il s'agit dans tous les cas de deux personnes qui vivent ensemble et ont le même comportement que deux personnes mariées alors qu'ils ne sont pas unis par un mariage. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une simple passade entre deux personnes mais généralement d'une relation stable à laquelle il manque la cérémonie du mariage. L'union libre ou de fait se formant hors de tout cadre juridique et constituant un simple fait juridique sans aucun formalisme<sup>2085</sup>, le législateur l'a pendant longtemps purement et simplement ignorée<sup>2086</sup>. Il a même eu à certaines périodes une position hostile face à cette union qui ne correspondait pas à l'idéal moral de la famille qu'était le mariage. C'est ainsi que, jusqu'à 1980, les donations entre conjoints de fait étaient légalement

---

<sup>2082</sup> Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, le couple et l'enfant*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2002, p. 701.

<sup>2083</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 169, Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 534 et s.

<sup>2084</sup> Pour une analyse de l'évolution de la reconnaissance du concubinage au Canada et plus particulièrement dans les provinces de *common law* voir Bala Nicholas et Jaremko Bromwich Rebecca, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 2 *International Journal of Law, Policy and the Family* 145, et plus particulièrement p. 156 et s. Le *common law marriage* ou mariage selon les règles de *common law* n'est pas un mariage en tant que tel étant donné qu'il y a absence de cérémonie. Mais les concubins, en raison de la durée de leur vie commune qui a pour conséquence que leur relation ressemble à un mariage, peuvent être reconnus par des juridictions de *common law* et donc se voir appliquer des droits et obligations selon les règles de *common law*. On le distingue du mariage en tant que tel qui au moyen-âge était régi par des règles de droit canonique et non des règles de *common law*.

<sup>2085</sup> Courbe Patrick et Gouttenoire Adeline, *Droit de la famille*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2013, n°747 p. 275.

<sup>2086</sup> Voir, pour l'évolution française de l'union libre, Barrière Louis-Augustin, « Penser les concubinages. La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », dans *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, Ed. Litec, 2002, p. 143 et s.

prohibées au Québec<sup>2087</sup> et certains considèrent que le concubinage était alors tout simplement considéré comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>2088</sup>.

**1208.** Le principe face à cette union libre était toutefois majoritairement l'indifférence des législateurs et Napoléon Bonaparte a déclaré que « les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux »<sup>2089</sup>. Le concubinage ne créait donc aucun droit ni obligation. La formation comme la rupture était libre et sans conséquences juridiques. Le nombre de concubinages se multipliant au cours des quarante dernières années, la nécessité d'une certaine protection et plus généralement d'une certaine prise en compte juridique de cette situation de fait s'est faite ressentir. Un certain droit du concubinage s'est alors élaboré au coup par coup en fonction de l'évolution des mœurs et des courants politiques<sup>2090</sup>. Il est en effet apparu injuste que les concubins ne puissent pas obtenir certains droits.

**1209.** Ce fut d'abord la jurisprudence qui intervint pour donner aux concubins et conjoints de fait un certain nombre de droits. La jurisprudence française admit ainsi en 1970<sup>2091</sup> l'indemnisation d'une concubine pour le décès accidentel de son conjoint. Un tel recours est également possible au Québec depuis l'adoption du Code civil du Québec en 1991 et l'abolition de l'ancien article 1056 du Code civil du Bas-Canada qui restreignait un tel recours aux seuls ascendants, descendants et conjoints légitimes<sup>2092</sup>.

**1210.** De même, les concubins ne bénéficiant pas d'un régime matrimonial, les juges ont cherché à mettre en œuvre des moyens permettant un certain partage des biens entre eux

---

<sup>2087</sup> Le Code civil du Bas-Canada prévoyait une telle prohibition et fut donc remis en cause par la Loi 89 de 1980, L.Q. 1980, c. 39. En France de telles donations étaient souvent annulées par la jurisprudence pour cause immorale, les juges distinguant alors les donations annulables qui avaient pour objectif d'obtenir la continuation des faveurs d'un ex-conjoint des autres donations ayant un objectif purement libéral sans contrepartie charnelle. Cette distinction avait toutefois été remise en cause par la décision de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 3 février 1999 selon laquelle « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire », Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 février 1999, Bull. Civ. I n°43, dans Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2007, p. 212. La décision de l'Assemblée Plénière du 25 octobre 2004 (Bull. civ. Plén., n°12), affaire Galopin, a définitivement fermé le débat en reconnaissant la validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère. Désormais, une libéralité entre concubins n'est donc plus annulable de ce seul fait (voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Defrénois, 2011, n°335 p. 174)

<sup>2088</sup> Roy Alain, *L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec : analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé – Rapport soumis à Me Benoît Belleau, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal*, 30 juin 2008.

<sup>2089</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, op. cit. n°293 p. 156.

<sup>2090</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, op. cit. , n°318 p. 162.

<sup>2091</sup> Cass. cass ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, p. 201, n. Combaldieu, voir également Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975 p. 679, n. Tunc André.

<sup>2092</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, op. cit., p. 529.

en cas de séparation et, dans les deux droits, utilisent désormais les théories de l'enrichissement sans cause ou de la société créée de fait et de l'indivision entre les ex-conjoints de fait et concubins<sup>2093</sup>. Ils ont également reconnu la possibilité d'octroyer des dommages et intérêts à l'un des ex-concubins<sup>2094</sup>, certains auteurs pensent même qu'en mettant en jeu une responsabilité entre ex-conjoints, les tribunaux cherchent à pallier aux désavantages économiques que peut subir une ex-concubine à la fin du concubinage et à remplacer la prestation compensatoire qui n'existe qu'entre époux<sup>2095</sup>. Au Canada, la Cour suprême est, de plus, intervenue pour reconnaître d'une part l'inconstitutionnalité d'une disposition qui ne déclarait comme bénéficiaires des indemnités-accidents que des partenaires mariés<sup>2096</sup> et reconnu les couples homosexuels comme des conjoints de fait dans les décisions *Egan c. Canada*<sup>2097</sup> de 1995 et *M. c. H.* de 1999<sup>2098</sup>.

**1211.** Le législateur québécois, comme le législateur français, n'a reconnu que de façon limitée le droit des concubins et avant tout dans le domaine du droit social. Au Québec une telle reconnaissance s'est faite dès les années soixante<sup>2099</sup> et la première loi à reconnaître les conjoints de fait fut la Loi sur le régime des rentes du Québec<sup>2100</sup> qui a permis dès 1965 à une conjointe de fait survivante d'obtenir une rente viagère. Aujourd'hui le droit social

<sup>2093</sup> Pour le droit français voir Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n°331 et s., p. 170 et s., Carbonnier Jean, *op. cit.* p. 720, Cornu Gérard, Droit civil, *La Famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006, n°50, p. 95 et s. Pour le droit québécois, voir Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 601 et s, voir également Prémont Claudia P. et Bernier Michèle, « Un engagement distinct qui entraîne des conséquences distinctes », dans *Développements récents sur l'union de fait, Service de la formation permanente, Barreau du Québec*, Ed. Yvon Blais, 2000, p. 1, et plus particulièrement p. 16 et s. En ce qui concerne la société de fait l'arrêt fondateur pour le Québec est la décision de la Cour suprême *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2 ; la décision *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, même si elle concerne plus particulièrement la *common law*, est toutefois également utilisée pour permettre de reconnaître un enrichissement sans cause entre les ex-conjoints de fait québécois, ceux-ci ne pourront toutefois obtenir la reconnaissance d'une fiducie par interprétation comme résultat de cet enrichissement sans cause, cette fiducie n'étant pas reconnue en *civil law* et donc en droit québécois, voir la première partie.

<sup>2094</sup> Pour un exemple d'octroi de dommages intérêts voir la décision de la Cour d'appel de Paris du 13 juin 2013 (le concubin avait vidé les meubles de l'appartement commun pendant l'absence de sa concubine, ne lui laissant que le berceau de son 3<sup>ème</sup> enfant des photos déchirées, celle-ci élevant seule les trois enfants du couple), *Dr. Fam. octobre 2013*, com. 133, note Binet Jean-René. Voir également le cas d'un concubin qui avait préparé son départ sans en parler à sa concubine ni aux deux enfants communs et est parti brutalement, CA Metz, 8 janvier 2015, com. Réglier Anne-Claire, *Dr. Fam. Avril 2015*, com. n°70.

<sup>2095</sup> Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n°329 p. 168 ; voir également Roland René-Miguel, *Le couple et l'artifice*, Ed. L'Hermès, 2000, p. 289, avec l'analyse d'une décision de la Cour de cassation du 7 avril 1998 (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avril 1998, *Dr. Fam.* 1998 Juris. N°81, n. Lécuyer Hervé) qui accorde des dommages-intérêts à hauteur de 500 000 F pour rupture fautive du concubinage.

<sup>2096</sup> *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

<sup>2097</sup> *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

<sup>2098</sup> *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

<sup>2099</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 173. Pour une analyse des droits de l'union de fait au Québec voir Verdon Jocelyn, « L'union de fait... de quel droit, au fait ? », dans *Développements récents en droit familial*, Ed. Yvon Blais, 1998, p. 59.

<sup>2100</sup> L.Q. 1965 (1<sup>ère</sup> session), c. 24.

québécois met sur un pied d'égalité les conjoints mariés et les conjoints de fait. Le législateur canadien, dans la suite des arrêts *M. c. H.* et *Egan c. Canada*, est allé plus loin que le législateur québécois et depuis 2000 a modifié la quasi-totalité des lois fédérales afin que les couples unis de fait et les couples mariés bénéficient des mêmes droits. Afin de pouvoir bénéficier de ces droits, les couples doivent vivre une relation « conjugale » depuis au moins un an (ce délai peut dans certains cas être raccourci en présence d'enfants)<sup>2101</sup>. En France, le droit social a également retenu assez tôt l'assimilation du concubinage au mariage et c'est ainsi qu'en particulier, depuis 1978, si l'assuré vit en concubinage, son concubin bénéficie, comme un époux, des droits de l'assurance maladie et de l'assurance maternité<sup>2102</sup>.

**1212.** Si la reconnaissance s'est faite législativement pour les concubins et les conjoints de fait en droit social<sup>2103</sup>, ce n'est en revanche pas le cas dans le domaine du droit civil<sup>2104</sup>. Les législateurs ont préféré dans ce domaine conserver leur neutralité, respecter la liberté contractuelle des partenaires<sup>2105</sup>, et laisser aux tribunaux la charge de protéger les concubins. Une exception est toutefois intervenue au cours des dernières années avec l'introduction d'une définition du concubinage ou de l'union de fait dans les législations civiles étudiées. En France, l'article 515-8 du Code civil définit ainsi le concubinage : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette disposition a été introduite dans le Code civil français à l'occasion de l'adoption de la loi instaurant le pacte civil de solidarité<sup>2106</sup>. Il n'était pas originellement prévu dans le projet de loi d'introduire une définition du concubinage dans le Code civil. Mais, le Sénat, opposé au projet de Pacte civil de solidarité, avait proposé au lieu de ce projet d'adopter une définition légale du concubinage reconnaissant tant le concubinage hétérosexuel que le concubinage homosexuel<sup>2107</sup>. L'adoption de cette disposition bien que

---

<sup>2101</sup> Voir Lefebvre Brigitte, « Fascicule 28 – Union de fait », dans *Personne et Famille*, sous la dir. de Alain Roy, m.à j. décembre 2011, n° 7 p. 11.

<sup>2102</sup> Voir Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, n°530 p. 348. Voir également, par exemple, l'article 161-14 alinéa 1<sup>er</sup> : « La personne qui vit maritalement avec un assuré social, et qui se trouve à sa charge effective, totale ou permanente, a, à condition d'en apporter la preuve, la qualité d'ayant droit de l'assuré pour l'ouverture du droit aux prestations en nature des assurances maladies et maternité ».

<sup>2103</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°374, p. 536.

<sup>2104</sup> Qui relève essentiellement de la compétence provinciale et donc du Québec, et non du droit fédéral, pour les conjoints de fait vivant au Québec. Voir Langevin Louise, « Les unions de fait : protection ou liberté de choix ? Le Québec à la croisée des chemins », *Dr. Fam.* Mars 2015, dossier 2.

<sup>2105</sup> Goubau Dominique, « Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », [1995] 74 *R. du B. Can.* 473, p. 476.

<sup>2106</sup> *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité.*

<sup>2107</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n°311 p. 160.

fortuite a toutefois permis de reconnaître le concubinage homosexuel même si elle n'institue pas de droits civils légaux pour les concubins.

**1213.** Au Québec, une définition de la notion de conjoints de fait est également prévue, depuis 2002<sup>2108</sup>, à l'article 61.1 de la Loi d'interprétation<sup>2109</sup> du Code civil du Québec. Ainsi, « sont des conjoints de fait deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui font vie commune et se présentent publiquement comme un couple, sans égard, sauf disposition contraire, à la durée de leur vie de couple ». Il est également prévu qu'il y a présomption de vie commune dès lors que les parties cohabitent depuis un an ou qu'elles ont un enfant commun. Il peut être intéressant de remarquer que cette disposition va plus loin que l'article 515-8 du Code civil français puisqu'elle ajoute que « sont assimilés à des conjoints, à moins que le contexte ne s'y oppose, les conjoints de fait ». Le législateur marque ainsi sa volonté d'assimiler dans la mesure du possible les conjoints de fait aux conjoints mariés. La portée de cette définition et de cette assimilation de l'article 61.1 doit toutefois être limitée. En effet, de nombreuses dispositions particulières sont susceptibles de s'appliquer pour les conjoints mariés et le Code civil, de même que les lois particulières<sup>2110</sup>, contiennent leur propre définition de l'union de fait et la distinguent du mariage. L'article 61.1 de la Loi d'interprétation a alors plutôt une valeur symbolique, témoignant de la volonté du législateur d'éviter toute discrimination<sup>2111</sup>.

**1214.** Toutefois, même si on semble aller vers une reconnaissance des concubins et conjoints de fait, ceux-ci sont encore loin de bénéficier de la protection qui existe pour les époux, en particulier au moment du divorce. Le concubin pourra essentiellement faire valoir ses droits à de possibles dommages-intérêts (si la faute de l'un des concubins peut être prouvée<sup>2112</sup>), à un possible enrichissement sans cause ou au partage d'une société de fait<sup>2113</sup>.

---

<sup>2108</sup> 2002, c. 6, a. 143.

<sup>2109</sup> L.R.Q., c. I-16,

<sup>2110</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°378, p. 547.

<sup>2111</sup> Pineau Jean et Pratte Marie, *supra*, n° 378, p. 548.

<sup>2112</sup> A, par exemple, été reconnu comme faute le fait pour un concubin de rompre après 11 ans de vie commune pendant laquelle la concubine délaissée s'était consacrée entièrement à l'éducation des enfants, ou encore le fait que le concubin abandonne sa concubine lors de sa grossesse, voir Gazeau Olivier, Lemaire Hugues et Vancleemput Franck, « Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage », *Rép. Def.* 2010, p. 1673. La Cour d'appel de Pau a toutefois refusé de reconnaître que le concubin s'était conduit avec duplicité et mensongèrement dans un cas où les deux concubins avaient vécu ensemble pendant plusieurs années, monsieur avait eu une liaison avant la séparation et madame était enceinte au moment de la rupture. En effet, les magistrats d'appel considèrent que rien ne prouvait que le couple n'était pas déjà en crise depuis longtemps et excluent alors toute faute et toute responsabilité du concubin. Ils mettent ainsi en valeur la liberté de rompre dans le cadre du concubinage et semble ne retenir la faute que lorsque celle-ci est dolosive dont intentionnelle et non lorsque



La jurisprudence française a aussi pu dans certains cas reconnaître une obligation naturelle lorsque le concubin à l'origine de la rupture laisse dans le besoin le conjoint délaissé. Il s'agit alors d'une sorte de devoir de secours et le concubin délaissé pourra demander son exécution à son compagnon lors de la rupture, transformant alors cette obligation naturelle en obligation civile. La jurisprudence a reconnu une telle obligation dans quelques cas particuliers<sup>2114</sup>. Le Québec accepte également la possibilité pour les conjoints de fait de conclure des contrats de vie commune (ou d'union de fait) et de régler les différents problèmes pouvant surgir au moment de la dissolution de leur union<sup>2115</sup>. La France admet, de même, des contrats de concubinage, dont la valeur semble critiquée par certains et l'intérêt remis en cause<sup>2116</sup>. Ces derniers ne paraissent de toute façon pas être la solution idéale. En dehors de ces cas, la situation peut alors s'avérer problématique. Jusqu'à récemment, cette situation était encore plus inéquitable pour les concubins homosexuels qui ne bénéficiaient d'aucune reconnaissance. Leurs lobbies ont alors amené à l'adoption de nouvelles institutions reconnaissant de nouvelles formes et organisation d'union et donc de possibles nouvelles protections. Ce sont ces nouvelles institutions, que nous considérons comme proches du mariage, qui vont faire désormais l'objet de notre étude.

## § 2. DES MARIAGES QUI S'IGNORENT ? PACS FRANÇAIS ET UNION CIVILE QUÉBÉCOISE

**1215.** Les années quatre-vingt-dix furent marquées par l'apparition de revendications homosexuelles pour le droit au mariage et à la filiation. Au nom de l'égalité, les mouvements gays et lesbiens ont ainsi fait valoir la nécessité de leur ouvrir des institutions qui jusqu'à présent étaient réservées aux seuls hétérosexuels. Ces revendications amenèrent dans les droits étudiés à la mise en œuvre de deux nouvelles institutions. En France, le législateur adopta en 1999 le pacte civil de solidarité, institution purement pécuniaire dont les députés souhaitaient qu'elle soit « tout sauf un mariage » (A). Au Québec, le mouvement fut inverse

---

le comportement est incorrect, voir CA Pau, 30 janvier 2012, commentaire de Larribau-Terneyre Virginie, « La liberté de rupture du concubinage doit être préservée », *Dr. fam.* 2012 Mai, com. 76.

<sup>2113</sup> Ou société tacite au Québec, voir n°452, voir également Voir Lefebvre Brigitte, « Fascicule 28 – Union de fait », dans *Personne et Famille*, sous la dir. de Alain Roy, m.à j. décembre 2011, n° 36.

<sup>2114</sup> Gazeau Olivier, Lemaire Hugues et Vancleemput Franck, *op. cit.*

<sup>2115</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 531 ; Voir Lefebvre Brigitte, « Fascicule 28 – Union de fait », dans *Personne et Famille*, sous la dir. de Alain Roy, m.à j. décembre 2011, n° 19 et s., Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, n°380, p. 553 et s.

<sup>2116</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *op. cit.*, n°322, p. 164 et 165.

et à défaut de pouvoir instaurer un véritable « mariage homosexuel », le législateur mis en œuvre en 2002 l'union civile, pure copie du mariage (B).

#### A. « Tout sauf un mariage » : le compromis français et le PACS<sup>2117</sup>

**1216.** En France, la jurisprudence refusait de reconnaître l'existence et les droits des couples homosexuels<sup>2118</sup> et la reconnaissance a dû se faire par la voie législative avec, d'une part, une nouvelle définition légale du concubinage, et, d'autre part, la mise en œuvre du pacte civil de solidarité (PACS) avec la loi du 15 novembre 1999<sup>2119</sup>. Cette Loi fut l'aboutissement d'un certain nombre de projets et propositions présentés dès le début des années 1990 et résultats le plus souvent d'importantes recherches interdisciplinaires. On pourra ainsi retenir à titre d'exemple le pacte d'intérêt commun (P.I.C.) de M. Hauser, le contrat d'union civile (C.U.C.) de Monsieur le député Jean-Pierre Michel, le contrat d'union sociale (C.U.S.) ou encore le contrat d'union civile et sociale (C.U.C.S.). Comme le faisait remarquer le doyen Carbonnier<sup>2120</sup>, le PACS, dernière proposition en la matière, l'a certainement, en partie, remporté en raison de son nom qui sonne plus agréablement à l'oreille. La démarche française, contrairement aux autres pays européens, n'a pas été d'instaurer expressément une forme d'union instituée pour les couples homosexuels. Les propositions françaises allaient bien plus dans le sens d'une association économique entre deux personnes, en couple ou non, ce qui a rapproché certaines de ces propositions des communautés taises pouvant exister sous l'ancien régime.

---

<sup>2117</sup> Mécarry Caroline et Leroy-Forgeot Flora, *Le PACS*, collection que sais-je ?, Ed. PUF, 2001 ; Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *Droit civil, La famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Defrénois, 2011, n°350 et s., p. 179 et s. ; Bénabent Alain, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014, n° 610 et s. p. 279 et s. ; Carbonnier Jean, *Droit civil, Tome 2, La famille, le couple et l'enfant*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. PUF, 2002, p.733 et s. ; Eudier Frédérique, *Droit de la famille*, Ed. Armand Colin, 2003, p. 185 et s. ; *Le Pacs, Dr. Fam. Hors Série*, novembre 1999. Voir également les différentes contributions relatives au PACS dans *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, Ed. Litec, 2002

<sup>2118</sup> Voir les décisions de la Cour de cassation qui ne reconnaissait des droits qu'aux unions de fait hétérosexuelles : Cass. soc., 11 juillet 1989, *Bull. civ.* V n°514 et 515 (deux arrêts), dans Capitant H., Terré F. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2007, p. 199, ainsi que Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 1997, *Bull. civ.* III, n°225, *D.* 1998 p. 111, conc. Weber, n. Aubert J.-L., *JCP G.* 1998 II 10093, n. Djigo A., *Rép. Def.* 1998, art. 36765, n. Bénabent Alain.

<sup>2119</sup> *Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, J.C.P.* 1999 III 20172. Voir comme commentaires de la loi, entre autres, Piastra Raphaël, « Loi relative au PACS », *D.* 2000, doctrine p. 203 ; Rubellin-Devichi Jacqueline, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », *JCP G.* 1999, aperçu rapide p. 1909 ; Hauser Jean, « Statut civil des partenaires », *JCP N.* 2000 p. 411.

<sup>2120</sup> Carbonnier Jean, *op. cit.* p. 745.

**1217.** Toutefois, si la loi de 1999 allait dans le sens d'une véritable distinction entre le PACS et le mariage, la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités<sup>2121</sup> semble avoir remis en cause cette distinction souhaitée par le législateur de 1999. Initialement ce projet ne devait concerner que le droit des successions et des libéralités mais suite aux conclusions rendues par la mission d'information de l'Assemblée nationale sur la famille, le projet de loi initialement déposé fut amendé afin de pouvoir modifier également les dispositions relatives au PACS<sup>2122</sup>.

**1218.** La volonté du législateur, en 1999, en instaurant le PACS, a été avant tout de mettre en œuvre une communauté économique entre les pacsés et non une véritable famille<sup>2123</sup>. De plus, il n'avait pas souhaité ouvertement privilégier les couples homosexuels avec cette institution et a ouvert ce pacte tant aux concubins homosexuels qu'hétérosexuels. Officiellement, il avait même été soutenu que la demande d'un tel pacte provenait des concubins hétérosexuels<sup>2124</sup>, cette position devant permettre une adoption plus simple du texte même si, dans les faits, l'adoption de cette loi fut loin d'être aussi simple<sup>2125</sup>. La démarche du législateur a alors été de distinguer le plus possible cette nouvelle institution du mariage. Toutefois, cette distinction du PACS avec la famille et le mariage n'était pas des plus claires et dès 1999, la décision du Conseil constitutionnel a renforcé le caractère conjugal de ce pacte en imposant une communauté de vie aux pacsés<sup>2126</sup>.

---

<sup>2121</sup> Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>2122</sup> Voir le *Rapport n°2832* de Mme Valérie Pécresse déposé le 25 janvier 2006 au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, présidée par M. Patrick Bloche, trouvé sur [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp#P1385\\_155915](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp#P1385_155915), et le *Rapport n°2859 du 8 février 2006, relatif au projet de loi (n°2427) portant réforme des successions et des libéralités* présenté par M. Sébastien Huyghe, trouvé sur [http://assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2850.asp#P923\\_92019](http://assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2850.asp#P923_92019).

<sup>2123</sup> Dekeuwer-Défossez Françoise, « PACS et famille, retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTDCiv.* 2001, n°3 p. 529.

<sup>2124</sup> Voir pour une critique de la démarche du législateur et le défaut de prendre en considération tant les concubins hétérosexuels que ceux homosexuels Théry Irène, « Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit* octobre 1999 p. 139.

<sup>2125</sup> Ainsi, la proposition de loi fut présentée une première fois et repoussée le 9 octobre 1998 par un vote d'irrecevabilité. Le nombre de députés de la majorité très insuffisant lors de ce premier vote expliqua cette victoire des opposants au PACS. Le député Jean-Pierre Michel revit sa proposition et les débats furent réouverts sur le sujet dès novembre 1998. Les discussions furent nombreuses voire houleuses avec, en particulier, les interventions anti-Pacs de Mme Christine Boutin et pro-Pacs de Mme Roseline Bachelot.

<sup>2126</sup> Le Conseil constitutionnel, en l'occurrence, a d'ailleurs fait une importante œuvre d'interprétation voire même de « réécriture », ce qui est relativement rare dans ses décisions et marque certainement une avancée essentielle dans la jurisprudence de ce Conseil. C.C., 9 novembre 1999, J.O. 16 novembre 1999, p. 16962, voir également le commentaire de Molfessis Nicolas, « La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000 I 210.

**1219.** Le PACS a été ouvert aux couples de même sexe ou de sexes différents dont les membres sont majeurs<sup>2127</sup> et ne sont ni déjà mariés ou pacsés, ni ascendants ou descendants, ni alliés en ligne directe ou collatéraux jusqu'au troisième degré inclus<sup>2128</sup>. Ces empêchements au PACS sont alors similaires à ceux du mariage et le législateur qui avait refusé d'attacher au PACS l'idée de famille, n'est alors pas allé jusqu'au bout de son raisonnement. La distinction entre le PACS et le mariage se retrouve toutefois dans les conditions de forme de la conclusion du PACS puisque les personnes souhaitant se pacser doivent simplement présenter une convention<sup>2129</sup> en double original au greffe du tribunal d'instance compétent ou et il n'est pas nécessaire d'avoir des témoins. L'article 515-3 modifié en 2011<sup>2130</sup> prévoit également que « lorsque la convention de pacte civil de solidarité est passée par acte notarié, le notaire instrumentaire recueille la déclaration conjointe, procède à l'enregistrement et fait procéder aux formalités de publicité ». Dans ce dernier cas, les époux ne sont alors plus renvoyés vers le greffe et le notaire effectuera lui-même l'enregistrement auprès de l'état civil. Cet enregistrement par le notaire du PACS contribue alors encore à différencier le PACS du mariage<sup>2131</sup>.

**1220.** En 1999, le PACS a avant tout été envisagé comme un contrat patrimonial qui ne produit aucun effet personnel entre les partenaires. On retrouve alors la volonté du législateur de distinguer le PACS du mariage et plus généralement de l'idée de famille. Ainsi, et en particulier, le PACS n'a aucune conséquence sur les liens de filiation et n'entraîne aucune présomption de paternité. En ce qui concerne les biens, il était prévu, dans les dispositions de 1999, que les meubles meublants acquis postérieurement à la conclusion du PACS étaient présumés indivis à moins que les pacsés n'en aient disposé autrement dans leur convention<sup>2132</sup>, les autres biens dont les pacsés devenaient propriétaires à titre onéreux après la conclusion du PACS étaient, pour leur part, présumés indivis par moitié à moins que l'acte

---

<sup>2127</sup> Art. 515-1 C.civ.

<sup>2128</sup> Art. 515-2 C.civ.

<sup>2129</sup> Pour un exemple possible de convention de Pacs voir Thouret Sylvain, « Le Pacs: techniques de rédaction et esquisse de contrat », *Petites affiches* 10 mars 2000, n°50 p. 4.

<sup>2130</sup> *Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*. Le décret d'application prévoyant l'obligation du notaire est paru le 22 août 2012 et cette modalité est mise en œuvre depuis le 23 août 2012, *Décret n° 2012-966 du 20 août 2012 relatif à l'enregistrement de la déclaration, de la modification et de la dissolution du pacte civil de solidarité reçu par un notaire*. Voir Avéna-Robardet Valérie, « Enregistrement du PACS notarié », *AJ Fam.* 2012 p. 426 ; Lamarche Marie, « Le notaire et le pacte de solidarité : précisions et incertitudes du décret du 20 août », *Dr. Fam.* 2012, octobre 2012, alerte 49.

<sup>2131</sup> En 2012, environ 10,5 % des PACS avaient été enregistrés par un notaire, Büsch Faustine et Timbart Odile, « Le profil des pacsés », *Infostat Justice* février 2014 n° 126, p. 3.

<sup>2132</sup> Art. 515-5 al. 1<sup>er</sup> C.civ.

d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement<sup>2133</sup>. De plus, même si le législateur ne souhaitait pas instaurer de liens familiaux entre les pacsés, ces derniers étaient tenus de s'apporter une « aide mutuelle et matérielle »<sup>2134</sup>. Cette aide n'est alors pas sans rappeler les devoirs de secours et d'assistance existant entre les époux, même si c'était avant tout l'aide matérielle et donc pécuniaire qui était envisagée.

**1221.** La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités<sup>2135</sup> a modifié tant le régime que la philosophie du PACS. Cette loi dont l'objectif premier n'était pas de réformer le PACS mais plutôt le droit des successions et des libéralités a tout d'abord inséré dans le Code civil l'obligation de vie commune<sup>2136</sup> reconnue dès 1999 par le Conseil constitutionnel dans le cadre de sa décision relative à la Loi instaurant le Pacte civil de solidarité<sup>2137</sup>. On ne peut alors que constater un rapprochement important entre le PACS et le mariage<sup>2138</sup> avec comme principale différence, toutefois, l'inexistence d'une prestation compensatoire pour le PACS<sup>2139</sup>. La loi a également ajouté une mesure de publicité et désormais le PACS est mentionné en marge de l'état civil des pacsés avec l'identité du partenaire du PACS et le PACS est donc devenu un élément de l'état civil au même titre que le mariage<sup>2140</sup>. De plus, l'« aide mutuelle et matérielle » est devenue « une aide matérielle et une assistance réciproque »<sup>2141</sup>. Si l'ancienne formulation n'était pas sans rappeler les devoirs de secours et d'assistance existant entre époux, la nouvelle formulation en est la copie conforme. Toutefois, si le législateur reconnaît désormais ouvertement la solidarité existant entre les pacsés en raison de leur communauté de vie et de leur relation et les assimile ainsi à des époux, il est, dans une certaine mesure, revenu en arrière en faisant disparaître les présomptions d'indivision et en instaurant une sorte de régime de séparation de biens légal dans le cadre du PACS. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les pacsés ont le choix entre un régime

---

<sup>2133</sup> Art. 515-5 al. 2 C.civ.

<sup>2134</sup> Art. 515-4 al. 1<sup>er</sup> C.civ. Pour les obligations liées au PACS voir Carillo Julie, « Aménagements possibles d'un contrat de PACS », *AJ Fam.* 2012 p. 536.

<sup>2135</sup> Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Pour des commentaires de cette loi concernant le PACS voir le Dossier « Pacs : derniers textes », dans *AJ Famille* n°1/2007 p. 8 et s. ; Mulon Elodie, « Le pacs : un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007, n°4 p. 8 ; Larribau-Terneyre Virginie, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile, A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2007, janvier p. 9 ; Beignier Bernard, « Métamorphoses du Pacs », *Dr. Fam.* 2006, septembre p. 1 ; Avena-Robardet Valérie, « Le Pacs : nouvelle étape », *AJ Fam.* 7-8/2006 p. 263.

<sup>2136</sup> Nouvel Article 515-4 C.civ. al. 1<sup>er</sup>.

<sup>2137</sup> C.C., 9 novembre 1999, J.O. 16 novembre 1999, p. 16962.

<sup>2138</sup> Voir Simler Philippe et Hilt Patrice, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G.* 2006 I 161.

<sup>2139</sup> Voir Beignier Bernard, « L'apparence du mariage », *Dr. Fam.* Mai 2010, Repère 5.

<sup>2140</sup> Nouvel Article 515-3-1 C.civ. 1<sup>er</sup>. *La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* a ajouté l'inscription sur l'acte de décès des noms et prénoms du partenaire pacsé survivant, voir Avena-Robardet Valérie, « Simplification et amélioration du droit de la famille », *AJ Fam.* 2011 p. 282.

<sup>2141</sup> Nouvel Article 515-4 C.civ. al. 1<sup>er</sup>.

d'indivision organisé<sup>2142</sup> et un régime de séparation des patrimoines. A défaut de choix des pacsés dans le pacte initial ou ultérieurement, le régime qui s'appliquera sera celui de la séparation des patrimoines<sup>2143</sup>. Si les pacsés souhaitent mettre en œuvre un régime d'indivision, ils doivent en faire expressément le choix et, à l'exception d'un certain nombre de biens tels que les deniers perçus par chacun des partenaires ou encore les biens acquis par donations ou successions<sup>2144</sup>, les biens acquis ensemble à quelque titre que cela soit ou séparément par les partenaires du PACS sont considérés comme indivis<sup>2145</sup>. La convention passée entre les partenaires permet alors à ceux-ci d'adopter un régime proche de la communauté légale existant dans le cadre du mariage, à l'exception tout de même notable des revenus des pacsés qui ne sont pas inclus dans l'indivision.

**1222.** La séparation de biens, adoptée comme une sorte de « régime légal » du PACS, ne nous paraît pas alors refléter l'union économique qui naît dans le PACS (comme d'ailleurs dans le mariage) même si lorsque la preuve de la propriété d'un bien n'est pas apportée ce bien est considéré comme indivis. Il nous semble qu'une présomption d'indivision correspondait mieux à la vision du PACS comme une communauté économique (avant qu'elle ne soit aussi reconnue comme affective) et plutôt que de faire tout simplement disparaître les deux présomptions qui existaient avant l'entrée en vigueur de la loi de 2006, la première prévoyant que les meubles meublants seraient indivis sauf présomption contraire et la seconde que les autres biens seraient présumés indivis sauf disposition contraire dans l'acte de souscription ou d'acquisition<sup>2146</sup>, peut-être aurait-il été préférable de déterminer une présomption d'indivision générale pour tous les biens acquis à compter de la conclusion du pacs quel que soit le bien concerné ?

**1223.** Au regard de notre inclination pour les régimes de partage, on nous opposera certainement que le régime de séparation est le régime légal dans certains pays. Même si cela est le cas, nous ne pensons toutefois pas que cela justifie le fait que le régime de séparation soit un régime juste et équitable pour les deux conjoints. L'exemple des iniquités

---

<sup>2142</sup> Organisé dans les nouveaux articles 515-5-1 à 515-5-3 du Code civil.

<sup>2143</sup> Voir les articles 515-5 C. civ.

<sup>2144</sup> Art. 515-5-2 C.civ.

<sup>2145</sup> Art. 515-5-1 C.civ.

<sup>2146</sup> Ces présomptions faisaient l'objet de critiques en raison principalement de leur complexité, voir entre autres, le *Rapport n°2832* de Mme Valérie Pécresse déposé le 25 janvier 2006 au nom de la mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant, présidée par M. Patrick Bloche, [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp#P1385\\_155915](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-info/i2832.asp#P1385_155915)

économiques qui sont apparues au Québec lorsque les conjoints adoptaient en grand nombre ce régime de séparation de biens est alors flagrant<sup>2147</sup>.

**1224.** Enfin, la nouvelle loi de 2006 a clarifié les conditions et motifs de dissolution du PACS. De même qu'avant l'adoption de la nouvelle loi<sup>2148</sup>, cette dissolution peut intervenir dans quatre cas : le décès de l'un des pacsés, le mariage de l'un ou des deux pacsés, « par consentement mutuel », ou par rupture unilatérale avec notification par huissier de justice. Si ces cas de dissolution sont légalement encadrés, ce n'est en revanche pas le cas des conséquences de cette rupture. Il semble toutefois logique que les intérêts pécuniaires des pacsés soient liquidés, en particulier lorsqu'il y a indivision<sup>2149</sup>. Il est à noter qu'un rapprochement entre le PACS et le mariage a d'ailleurs été effectué en matière de liquidation de l'indivision puisque le JAF est le juge de droit commun des conséquences des ruptures de tous les couples<sup>2150</sup>.

**1225.** Mais qu'en est-il des éventuels droits d'un ex-pacsés dans le besoin ? La seule possibilité qui semble pouvoir s'ouvrir à lui est l'octroi de dommages et intérêts. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs particulièrement appuyé sur cette possibilité dans sa décision du 9 novembre 1999<sup>2151</sup>. Une rupture fautive peut donc être sanctionnée, en partant néanmoins du principe que ce n'est pas la rupture elle-même qui est la faute mais les circonstances qui l'entourent. A l'exception de cette action en responsabilité, et au nom de la liberté sous-jacente au PACS, il n'existe aucune prestation compensatoire ou pension alimentaire en faveur de l'ex-pacsé<sup>2152</sup>. Il existe toutefois une mesure spécifique au PACS en ce qui concerne les créances existant entre les partenaires. En effet, l'article 515-7 alinéa 11 du Code civil prévoit que les « créances peuvent être compensées avec les avantages que le titulaire a pu retirer de la vie commune, notamment en ne contribuant pas à hauteur de ses facultés aux dettes contractées pour les besoins de la vie courante ». Cette mesure d'équité permet ainsi au partenaire qui a contribué le plus aux charges de la vie commune voire qui a

---

<sup>2147</sup> Iniquités qui ont amené à l'adoption du patrimoine familial ainsi que nous l'avons vu dans la première partie.

<sup>2148</sup> Voir, entre autres pour le droit antérieur à 2006, Vauvillé Frédéric, « La fin du pacte civil de solidarité », *Droit & patrimoine* 2001, n°91 p. 26.

<sup>2149</sup> Pour une étude des modalités de liquidation d'un PACS, voir Gazeau Olivier, Lemaire Hugues et Vancleemput Franck, « Liquidation d'un PACS », *Rép. Def.* 2010, n° 1 p. 84.

<sup>2150</sup> *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit et allègement des procédures.*

<sup>2151</sup> C.C., 9 novembre 1999, J.O. 16 novembre 1999, p. 16962

<sup>2152</sup> Voir Dauriac Isabelle et Gaudemet Sophie, « La rupture ou le vrai visage du PACS », dans *Le droit entre tradition et modernité – Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz 2012, p. 141.

totale­ment pourvu aux besoins du couple, de ne pas être obligé de rembourser en tout ou en partie les dettes qu'il pourrait avoir envers son ex-partenaire et rétablit ainsi l'équité entre les conjoints. Cette règle d'équité est alors plus favorable pour les pacsés que ne peuvent l'être les règles de dissolution d'un régime matrimonial dans le cadre du mariage et permet de prendre en considération le fonctionnement effectif du couple en ce qui concerne le partage des frais lors de la vie commune. Néanmoins, quels que soient ses mérites, cette règle est particulière­ment vague et ses modalités d'application le sont tout autant. Certains, à l'instar de MM. Malaurie et Fulchiron craignent alors qu'elle ne soit un véritable « nid à procès », les partenaires s'affrontant sur leurs contributions réelles pendant l'union<sup>2153</sup>. En dehors de cette disposition, aucune prestation équivalente à la prestation compensatoire n'existe et, même si certains souhaiteraient l'adoption d'une telle prestation pour le PACS, aujourd'hui, un conjoint peut toujours se voir imposer une rupture de PACS après plusieurs dizaines d'années de vie commune sans qu'aucune prestation ne lui soit accordée<sup>2154</sup>.

**1226.** Malgré les différences fondamentales liées en particulier à la rupture du PACS, ce dernier tend de plus en plus à se rapprocher du mariage. Ceci est d'autant plus vrai avec l'adoption de la Loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat<sup>2155</sup> modifiant les dispositions relatives à la fiscalité des successions. Par cette loi, les pacsés se sont vus reconnaître les mêmes droits et exonérations que les conjoints mariés en matière de droits de mutation par décès et ont donc aux yeux du droit fiscal le même statut que les époux même si le droit des successions ne fait toujours pas du partenaire du défunt un héritier légal et qu'un testament demeure nécessaire. D'une façon générale, les dispositions fiscales relatives aux impôts sont similaires entre les époux et les conjoints pacsés<sup>2156</sup>. Un autre rapprochement est intervenu depuis le 1<sup>er</sup> mai 2011 entre le PACS et le mariage concernant la solidarité des partenaires du PACS. Jusque-là, les partenaires étaient tenus solidairement des dettes contractés par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Le créancier pouvait donc réclamer l'intégralité à l'un d'entre eux avec une limite toutefois : cette solidarité ne jouait pas pour les dettes manifestement excessives<sup>2157</sup>. Rien n'était prévu en revanche en ce qui concerne les emprunts ou les achats à tempérament. La loi portant réforme

---

<sup>2153</sup> Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *Droit civil, La famille*, 4<sup>ème</sup> éd., Ed. Defrénois, 2011, n°443, p. 217.

<sup>2154</sup> Barbier Nadège, Martin Matthias, Mussier Aurélie, Passalacqua Jacqueline et Vagost Estelle, « Pacs : à quand le *coming-out* de la prestation compensatoire ? », *AJ Fam.* 2011 p. 201.

<sup>2155</sup> *Loi n°2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat dite loi TEPA*. Voir en particulier le nouvel article 777 du Code général des impôts.

<sup>2156</sup> Voir Thouret Sylvain, « Mariage, Pacs, concubinage : le guide : la fiscalité du couple », *AJ. Fam.* 2015 p. 18.

<sup>2157</sup> Art. 515-4 al. 2 C.civ.



du crédit à la consommation du 1er juillet 2010<sup>2158</sup> a réparé cette lacune et, depuis le 1er mai 2011, les pacsés ne sont plus tenus solidairement, à moins qu'ils n'aient été conclus avec l'accord des deux partenaires, pour les achats à tempérament ainsi que pour les emprunts conclus par un seul d'entre eux, sauf s'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante. On assiste ici à une retransposition des dispositions prévues pour les époux à l'article 220 du Code civil. Un autre dernier rapprochement a été introduit avec la loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite loi ALUR qui prévoit la cotitularité du bail et la possibilité pour un des partenaires pacsés de demander au juge que le bail du domicile familial lui soit octroyé à la suite de la dissolution du PACS<sup>2159</sup>. Enfin, un nouveau rapprochement pourrait également intervenir si les propositions de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard étaient adoptées<sup>2160</sup>. Cette Commission a en effet proposé, dans l'objectif de décharger les greffiers d'une activité qu'elle ne considère pas comme judiciaire, de transférer l'enregistrement du PACS aux officiers d'état civil. De même que le mariage est célébré devant l'officier d'état civil, le PACS serait donc enregistré devant ce même officier d'état civil, ce qui contribuerait encore à amener la confusion entre ces deux institutions. L'Association des maires de France, auditionnée par la Commission, s'est d'ailleurs opposée à cette proposition en raison de cette possible confusion<sup>2161</sup>.

**1227.** En ce qui concerne les droits sociaux, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) a réitéré ses recommandations faites au gouvernement d'étendre aux pacsés la pension de réversion. Dans deux délibérations (une pour le régime des salariés privé et une pour ceux de la fonction publique) datées du 1er février 2010<sup>2162</sup>, la Haute autorité a ainsi jugé discriminatoire les dispositions du Code de la sécurité sociale qui impose que le bénéficiaire de la pension de la réversion soit l'époux ou

---

<sup>2158</sup> Loi n°2010-737 du 1er juillet 2009 portant réforme du crédit à la consommation, article 9. Voir Avena-Robardet Valérie, « Matrimonialisation » du pacs », *AJ Fam.* 2011 p. 3 ; Mauger-Vielpeau Laurence, « Le pacs est définitivement un mariage-bis ! », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 septembre 2010 n°8 p. 3.

<sup>2159</sup> Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. Voir Mauger-Vielpeau Laurence, « La cotitularité du bail étendue au partenaire de pacs : un droit de plus ! », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 juillet 2014 n°7, p. 1.

<sup>2160</sup> Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008.

<sup>2161</sup> Commission sur la répartition des contentieux présidée par le Professeur Guinchard, p. 59.

<sup>2162</sup> Délibérations n°210-20 et 2010-21 du 1<sup>er</sup> février 2010 de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Voir également Duhamel Corinne, « Pensions de réversion et Pacs : la Halde réitère les recommandations faites aux ministres de modifier sans tarder la législation française », *Dépêche AEF* n° 129990 du 6 avril 2010 ; « La Halde demande l'extension aux pacsés de la pension de réversion », *Liaisons sociales*, Bref social n°15587 du 9 avril 2010, p. 3.

l'ex-époux de l'assuré décédé. En ce qui concerne le régime privé de retraite, elle a considéré que cette disposition allait à l'encontre de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a mis en valeur que depuis l'adoption de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, les droits et obligations des époux et pacsés se sont fortement rapprochés avec l'institution d'un régime patrimonial similaire à un régime matrimonial et des devoirs réciproques. Si les époux et les pacsés sont tenus par les mêmes obligations, il semble alors discriminatoire de les traiter de façons différentes. Or, précisait la Halde, les couples homosexuels, à l'époque, ne pouvaient pas se marier en France et la seule union possible, hors concubinage, était alors le PACS. La différence de traitement entre couples pacsés et mariés pour la pension réversion était donc considérée comme une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elle était alors prohibée et, selon la Haute autorité, la disposition devait être modifiée. La disposition concernant les fonctionnaires, avec une règle similaire, devait aussi être considérée comme discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle. Le Conseil constitutionnel a refusé de suivre la position de la Halde dans une décision du 29 juillet 2011<sup>2163</sup>. Il a, d'une part, considéré que le concubinage n'entraînant ni solidarité financière à l'égard des tiers ni obligations réciproques, le refus d'octroyer une pension de réversion au concubin n'était pas inconstitutionnelle. Concernant le PACS, de tels arguments ne pouvaient être retenus, les dispositions relatives à cette union prévoyant en effet de telles obligations et solidarité. Le Conseil constitutionnel s'est alors fondé sur l'absence de compensatoire financière à la dissolution du PACS et sur l'absence de droits de successions *ab intestat* pour déclarer conforme à la constitution le refus d'octroyer, également, une pension de réversion au pacsé survivant. Depuis, les dispositions du code de la sécurité sociale n'ont pas été modifiées.

**1228.** Le PACS se rapproche progressivement du mariage et certains se sont même interrogés sur la solubilité possible du PACS dans le mariage (et inversement)<sup>2164</sup>. Toutefois des différences fondamentales<sup>2165</sup> persistent plus particulièrement en cas de rupture puisque

---

<sup>2163</sup> Conseil constitutionnel, 29 juillet 2011, JO 30 juillet 2012, Hauser Jean, « Modèles de couple et pensions de réversion : le mariage garde le maillot jaune », *RTDCiv.* 2011 p. 748 ; Lemouland Jean et Vigneau Daniel, « Droit des couples », *D.* 2012 p. 971 ; Larribau-Terneyre Virginie, « Pension de réversion », *Dr. Fam.* 2011, com. n°143.

<sup>2164</sup> Fulchiron Hugues, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Ed. Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 125.

<sup>2165</sup> Il est à noter qu'outre des différences relatives aux droits sociaux, le Conseil constitutionnel a encore refusé d'assimiler le PACS au mariage en matière d'immigration et délivrance d'une carte de séjour au motif que la PACS engageait moins que le mariage, avec des différences fondamentales en ce qui concerne la rupture ou encore les conséquences sur la filiation, Conseil constitutionnel, 22 mai 2013, commentée par Petit Carole, « Non assimilation du PACS au mariage pour la délivrance d'une carte de séjour : le Conseil constitutionnel

rien n'est prévu pour protéger un ex-pacsé dans le besoin, qui a, en raison du PACS et des relations familiales qui se sont mises en place, sacrifié sa carrière. Même si certains le souhaitent, la prestation compensatoire est encore loin d'être transposée pour le PACS<sup>2166</sup>. La difficulté de cette forme d'union est qu'elle concerne tant les couples homosexuels qu'hétérosexuels et qu'il était nécessaire de la distinguer du mariage. Si le PACS avait été ouvert aux seuls couples homosexuels, il aurait certainement été plus simple, comme le fait remarquer M. Beignier<sup>2167</sup>, d'ouvrir aux pacsés un droit patrimonial similaire à celui des couples mariés ainsi que des droits sociaux similaires, d'en faire une copie du mariage en excluant tous les effets relatifs à la filiation. Or, en ouvrant cette institution aux couples hétérosexuels, le législateur se voit dans l'obligation de la distinguer du mariage, en excluant un certain nombre d'obligations, généralement les plus graves comme la prestation compensatoire qui symbolise l'importance du lien économique créé par le mariage et dans une certaine mesure sa survie. L'union civile québécoise, pour des raisons constitutionnelles, semble alors être protectrice en la matière.

## B. L'union civile : un véritable mariage ?

**1229.** Alors que le législateur français n'avait pas souhaité faire du PACS une institution propre aux homosexuels et à leur union, l'avant-projet de loi instituant l'union civile québécoise présenté le 7 décembre 2001 était, pour sa part, destiné aux seuls couples gays et lesbiens<sup>2168</sup>. Le gouvernement québécois répondait ainsi aux mouvements homosexuels et, n'ayant pas constitutionnellement compétence (les conditions de fond du

---

botte en touche », *Dr. Fam.* 2013, juillet 2013, com. 101. Pour une comparaison des effets du mariage, du PACS et du concubinage voir Thouret Sylvain, « Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : relations du couple », *AJ. Fam.* 2014, p. 662, voir également Corpart Isabelle, « Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : Régimes matrimoniaux et aménagements conventionnels, La recherche des meilleures stratégies », *AJ. Fam.* 2014, p. 666.

<sup>2166</sup> Barbier Nadège, Martin Matthias, Mussier Aurélie, Passalacqua Jacqueline et Vagost Estelle, « Pacs : à quand le *coming-out* de la prestation compensatoire ? », *AJ Famille* 2011 p. 201. Voir également Viganotti Elisa, « Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : La séparation du couple », *AJ. Fam.* 2014, p. 678.

<sup>2167</sup> Beignier Bernard, « L'apparence du mariage », *Dr. Fam.* Mai 2010, Repère 5.

<sup>2168</sup> Avant-projet de loi, Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, présenté par M. Paul Bégin, Ministre de la Justice le 7 décembre 2001, trouvé sur <http://www.assnat.qc.ca/fra/publications/av-projets/01-fap01.htm>. Pour des commentaires sur cet avant-projet voir, entre autres, Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec, sur la Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, janvier 2002, Egale, *Mémoire sur l'avant-projet de loi instituant l'union civile des couples de même sexe présenté à la commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec*, trouvé sur <http://www.egale.ca/documents/union-civil-APL-2002.htm>, ainsi que Roy Alain, « Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663.

mariage relevant de la compétence fédérale<sup>2169</sup>) pour ouvrir le mariage aux homosexuels, il décida de créer une nouvelle institution : l'union civile. Toutefois, lors des débats parlementaires, les représentants des groupes homosexuels exprimèrent leur volonté que l'union civile soit également étendue aux couples hétérosexuels afin de ne pas encore accentuer la discrimination envers ces derniers<sup>2170</sup>. C'est pourquoi un nouveau projet de loi fut présenté le 22 avril 2002. Ce nouveau projet étendait, d'une part, l'union civile aux couples hétérosexuels, et, d'autre part, modifiait le droit de la filiation en instaurant la possibilité d'une filiation avec des parents homosexuels<sup>2171</sup>. Le projet de loi fut adopté le 7 juin 2002 et la nouvelle loi<sup>2172</sup> entra en vigueur le 24 juin de la même année.

**1230.** Si l'union civile ne peut constitutionnellement être un mariage, les dispositions régissant cette union ne sont pas sans rappeler celles relatives au mariage. Ainsi, si la grande différence entre l'union civile et le mariage est le fait que l'union civile soit également ouverte aux couples homosexuels, les effets de cette union sont identiques à celles du mariage<sup>2173</sup>. Les conjoints unis civilement se doivent respect, fidélité, secours et assistance<sup>2174</sup> et l'article 521.6 alinéa 3 du Code civil du Québec précise également que « L'union civile, en ce qui concerne la direction de la famille, l'exercice de l'autorité parentale, la contribution aux charges, la résidence familiale, le patrimoine familial et la prestation compensation, a, compte tenu des adaptations nécessaires, les mêmes effets que le mariage ». De plus, les

---

<sup>2169</sup> Article 91(26) de la Loi constitutionnelle de 1867.

<sup>2170</sup> Voir Tétrault Michel, « L'union civile : j'me marie, j'me marie pas », dans *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé sous la direction de Lafond Pierre-Claude et de Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 101 et plus particulièrement p. 104. Voir également P.C., « Des homosexuels dénoncent la discrimination contre les... hétérosexuels », *Le Devoir*, 5 février 2002, p. A2.

<sup>2171</sup> Il est désormais possible pour un enfant d'avoir deux mères dans le cadre d'une filiation par procréation médicalement assistée, Art. 539.1 C.c.Q., ou deux parents de même sexe (pères ou mères) par le biais de l'adoption, Art. 578.1 C.c.Q. Pour plus de précisions sur la matière voir Lefebvre Brigitte, « Projet de Loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) *C.P. du N. 3.*, Roy Alain, « Le droit de la famille – une décennie d'effervescence législative », (2003) 105 *R. du N.* 215, et plus particulièrement P. 248 et s., Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 232 et p. 259.

<sup>2172</sup> L.Q. 2002, c. 6. Ces dispositions n'ont d'ailleurs pas faits l'objet de discussions, ce qui peut être regrettable pour certains et risque de structurer la filiation, voir Moore Benoît, « Tenir compte de l'expérience québécoise : débattre avant d'agir », *RDA* Février 2011, p. 87, Murat Pierre, « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », dans les *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Ed. Lexis Nexis – Dalloz, 2012, p. 422.

<sup>2173</sup> Pour les effets de l'union civile voir Drapeau Murielle, « L'union civile », dans Sénécal Jean-Pierre, *Droit de la famille québécois*, éd. Farnham, édition mise à jour, ¶ 14 000 et s. ; Castelli Mireille et Goubau Dominique, op. cit., p. 91 et s., Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 207 et s. ; Pineau Jean et Pratte Marie, *La famille*, Ed. Thémis, 2006, p. 523 et s. ; Tran Thuy Nam Trân, « Fascicule 27 – Union civile », dans *Personne et Famille*, sous la dir. de Alain Roy, m.à j. Novembre 2012, n° 21 et s. ; Bourrassa Sylvain, « Chapitre X – L'union civile », dans *Collection de droit 2014 - 2015, Volume 3 – Personnes, famille et successions*, Barreau du Québec, 2014, p. 447 et s.

<sup>2174</sup> Art. 521.6 al. 2 C.c.Q.

conjointes peuvent adopter un régime d'union civile pour leurs biens, comme un régime de séparation ou de communauté, et s'ils ne le font pas, sont soumis automatiquement au régime de la société d'acquêts, le régime légal pour le mariage.

**1231.** La seconde grande différence entre le mariage et l'union civile concerne la dissolution de cette union. En effet, le divorce, de même que les conditions de fond du mariage, est de compétence fédérale<sup>2175</sup>. L'union civile ayant été mise en œuvre par le législateur québécois, sa dissolution ne pouvait être soumise à la loi sur le divorce et le législateur québécois a donc dû mettre en œuvre des dispositions spécifiques pour la dissolution de cette union<sup>2176</sup>. L'union civile peut être dissoute dans quatre cas : par décès de l'un des conjoints, par le mariage de ces deux conjoints entre eux<sup>2177</sup>, par un jugement du tribunal lorsque la volonté de vie commune est irrémédiablement atteinte ou par une déclaration commune notariée sans juge<sup>2178</sup>.

**1232.** Même si la loi sur le divorce n'est pas applicable pour l'union civile, certains effets relevant du droit provincial québécois, comme la dissolution du patrimoine familial ou les dispositions relatives au régime matrimonial légal, lui sont applicables. De même, une prestation compensatoire est envisageable dans les mêmes conditions que pour le mariage dans le cas où, par exemple, le travail de l'un des conjoints unis civilement aurait permis à l'autre de s'enrichir. La question d'une possible pension alimentaire entre ex-conjoints unis civilement peut toutefois se poser. Dans le cadre du divorce, celle-ci est expressément prévue par la loi fédérale sur le divorce. L'article 521.17 du Code civil du Québec prévoit néanmoins que, dans le cadre d'une dissolution judiciaire, le juge peut ordonner à l'un des conjoints de verser des aliments à l'autre. Par contre la question de la légitimité de l'octroi d'aliments au profit de l'ex-conjoint postérieurement à la dissolution se pose<sup>2179</sup>. En effet, la dissolution de l'union civile, contrairement à la séparation de corps, entraîne la disparition des obligations de secours et assistance qui existaient entre les conjoints unis civilement. En l'absence de réserve

---

<sup>2175</sup> Article 91(26) de la Loi constitutionnelle de 1867.

<sup>2176</sup> Voir Lefrançois Guy, « La dissolution de l'union civile », (2002) *C.P. du N.* 31.

<sup>2177</sup> Cette possibilité n'avait pas été envisagée dans la loi de juin 2002, elle a seulement été rajoutée par le législateur par une loi entrée en vigueur le 10 novembre 2004 (2004, c. 23). Le législateur n'avait en effet pas envisagé que des conjoints unis civilement puissent envisager de se marier ultérieurement, ce qui est pourtant le cas, surtout depuis que le mariage a également été ouvert aux conjoints homosexuels. L'union civile constituant un des cas d'empêchement au mariage, les conjoints unis civilement devaient donc dissoudre leur union civile avant de se remarier, Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 525.

<sup>2178</sup> Art. 521.12 et s. C.c.Q.

<sup>2179</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 522.

concernant les aliments au profit d'un conjoint dans le jugement de dissolution, il ne semble donc pas y avoir un fondement pour des aliments post-dissolution de l'union civile. Il sera alors intéressant de suivre la jurisprudence dans la matière.

**1233.** Seule l'union civile paraît donc offrir une certaine protection à l'ex-conjoint uni civilement dans le besoin ou défavorisé par cette union. Ceci s'explique certainement par le fait qu'elle est une copie du mariage et ne devrait d'ailleurs plus avoir autant d'intérêt aujourd'hui avec la possibilité du mariage homosexuel<sup>2180</sup>. Le PACS français n'est pas allé aussi loin que l'union civile et est plutôt marqué par une absence de règle de protection en faveur des « ex-pacsés ». Les deux maîtres mots de la loi d'origine ont en effet été de faire de ce dernier « tout sauf un mariage » et de laisser une grande liberté aux pacés. On se rapproche alors du concubinage et de son absence de règle, les concubins ignorent le droit, le droit les ignore, à l'exception de quelques adaptations jurisprudentielles et législatives.

---

<sup>2180</sup> *Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, ch. 33.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**1234.** Le législateur a longtemps ignoré toute union en dehors du mariage. Si aujourd'hui le concubinage reste un fait juridique sans incidence ou presque en droit civil, des unions parallèles au mariage sont néanmoins apparues depuis une quinzaine d'années, comme le PACS en France et l'union civile au Québec. L'union civile est un mariage qui s'ignore et à l'exception des dispositions du droit du divorce qui relèvent de la compétence fédérale, le législateur québécois a étendu aux conjoints unis civilement les dispositions du mariage. En France, on a cherché avant tout à distinguer le PACS du mariage et même si dernièrement ces deux institutions se sont rapprochées, le PACS n'est pas encore aussi protecteur que le mariage et sa rupture est, en particulier, beaucoup moins encadrée que celle de l'union maritale.

**1235.** Cette situation était acceptable lorsque ces formes de couples ne concernent qu'un nombre limité de personnes mais qu'en est-il aujourd'hui ? Au Québec, on assiste à une augmentation importante du nombre d'union de fait : en 2001, 34,6% des couples québécois vivaient en union libre<sup>2181</sup>, ils n'étaient que 7% en 1981<sup>2182</sup>. On comptait ainsi 1 391 550 personnes de plus de 15 ans vivant en union libre en 2011 et 2 353 770 personnes mariées<sup>2183</sup>. En 2012, 63 % des enfants sont nés de parents non mariés<sup>2184</sup>. En France on comptait, en 2011, plus de 3 550 000 couples non mariés soit 22,6% des personnes vivant en couple<sup>2185</sup> et en 2010 plus de la moitié des naissances avaient lieu hors mariage<sup>2186</sup>. Le nombre de PACS a également fortement augmenté et si 22 108 PACS avaient été déclarés en 2000, ils ont été 76 680 en 2006 ce qui correspond à un quart des mariages de la même année<sup>2187</sup>. En 2013, 168 779 PACS avaient été conclus pour 238 000 mariages<sup>2188</sup> (dont environ 7 000 mariages entre personnes de même sexe) soit deux PACS pour trois mariages. Les couples pacsés sont avant tout des couples hétérosexuels et en 2010, 9 143 PACS entre personnes de même sexe avaient

<sup>2181</sup> Voir Bourgault-Côté Guillaume, « Le Québec, champion mondial de l'union libre », *Le Devoir*, 13 septembre 2007.

<sup>2182</sup> Castelli Mireille et Goubau Dominique, *op. cit.*, p. 169, selon les chiffres de statistiques Canada.

<sup>2183</sup> Voir Institut de la Statistique du Québec, <http://www.stat.gouv.qc.ca/>

<sup>2184</sup> Institut de la démographie au Québec, *Le bilan démographique au Québec, Edition 2013*, p. 42.

<sup>2185</sup> Buisson Guillemette et Lapinte Aude, « Le couple dans tous ses états – Non cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs... », *Insee Première* février 2013 n° 1435.

<sup>2186</sup> 54,9 % en 2010, voir [www.insee.fr](http://www.insee.fr)

<sup>2187</sup> Carrasco Valérie, « Le pacte civil de solidarité : une forme d'union qui se banalise », *Infostat Justice*, Octobre 2007, n°97, p. 1.

<sup>2188</sup> Voir Avena-Robardet Valérie, « Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide : Statistiques », *AJ. Fam.* 2015 p. 43, et Bellamy Vanessa et Beaumel Catherine, « Bilan démographique 2013 – Trois mariages pour deux PACS », *INSEE Première*, janvier 2014 n° 1482.

été conclus contre 196 415 PACS entre personnes de sexes opposés, soit environ un PACS sur vingt est homosexuel<sup>2189</sup>. Le nombre total de PACS conclus a plus que doublé entre 2006 et 2010. L'augmentation des déclarations depuis 2006 est analysée comme une conséquence des modifications des dispositions fiscales en matière de PACS et le fait que désormais les couples pacsés peuvent effectuer une déclaration commune dès la première année du PACS, ce qui peut leur être favorable. Désormais, cet avantage a disparu et les règles fiscales sont devenues quasi similaires entre le PACS et le mariage<sup>2190</sup>. D'autres facteurs sociologiques interviennent alors et peuvent expliquer également la grande concurrence faite par le PACS au mariage<sup>2191</sup>. Le PACS apparaît tout d'abord comme plus simple à conclure et ne doit pas respecter toute la solennité mais également le « marchandising » qui entoure le mariage. Il est également plus facile à rompre avec l'absence, entre autres, de prestation compensatoire<sup>2192</sup>. Il permet de sauvegarder une plus grande liberté pour les partenaires alors que le mariage implique de s'engager dans la durée<sup>2193</sup>. Certains se sont aussi interrogés sur l'influence de la religion sur le choix fait par le couple de se marier ou de se pacser<sup>2194</sup>. Il ressort de cette étude que le PACS semble avoir une plus grande distance par rapport à la religion que le mariage et peut même être considéré par certains comme une « véritable union républicaine » en opposition avec le mariage, qui, bien qu'il soit une union civile selon le droit français, apparaît toujours pour certains comme une union plus teintée par la religion. Mais, si les pacsés sont plus éloignés de la religion et des rites religieux, ils ne rejettent pas pour autant systématiquement toute religion. Le PACS correspond peut-être mieux à la nouvelle génération, moins attachée aux valeurs religieuses et préférant avoir une union plus privée, voire privatisée de même qu'elle peut avoir une pratique plus privatisée de la religion. Il est conclu le plus souvent aussi par une population appartenant aux catégories sociales supérieures<sup>2195</sup>.

**1236.** L'augmentation du nombre de PACS s'accompagne également, et logiquement, d'une croissance du nombre de dissolutions, de 620 en l'an 2000, on est passé

---

<sup>2189</sup> Voir le site de l'INED, [www.ined.fr](http://www.ined.fr)

<sup>2190</sup> Béguin Jacques, « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2011, n° 1 p. 2.

<sup>2191</sup> Pour une analyse de la population des pacsés voir Davie Emma, « Un million de pacsés début 2010 », *Insee Première* n° 1336, février 2011.

<sup>2192</sup> Voir Molière Aurélien, « Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales – Le choix du régime », *Dr. Fam.* 2013, n°7, n° 20.

<sup>2193</sup> Béguin Jacques, *op. cit.*

<sup>2194</sup> Rault Wilfried et Letrait Muriel, « Choix du pacte civil de solidarité et rapport à la religion », *Politiques sociales et familiales* n°96, juin 2009, p. 41.

<sup>2195</sup> Davie Emma, *op. cit.*



en 2013 à 53 655 dissolutions<sup>2196</sup> et en tout environ 260 000 PACS ont été rompus entre l'adoption de la loi et début 2013<sup>2197</sup> soit près des 20% PACS conclus. Si le mariage entre les partenaires est une cause de dissolution automatique du PACS, il n'est certainement pas la cause de toutes les ruptures de PACS et le nombre de véritables ruptures demeure certainement très important.

**1237.** Au Québec, alors que l'union civile est certainement plus protectrice que le PACS, elle n'est pas pour autant adoptée par les conjoints qui ne souhaitent pas se marier. Ainsi en 2005, on comptait 22 234 mariages contre 169 unions civiles et avec l'adoption du mariage pour les homosexuels, seules 58 unions civiles avaient été conclues entre des conjoints homosexuels contre 452 mariages de couples de même sexe en 2005<sup>2198</sup> et seuls 111 couples de sexes différents avaient décidé de conclure une union civile. En 2013, sur 289 unions civiles célébrées, seules 50 unissaient des conjoints de même sexe. Quant au nombre de mariage en général il est resté quasi stable avec nombre total de 23 154 mariages pour cette même année 2013<sup>2199</sup>. Donc, si étonnamment, le nombre d'unions civiles augmente progressivement entre conjoints de sexes différents, il est encore très loin d'atteindre les chiffres du mariage et le concubinage demeure largement prédominant au Québec. Il est d'ailleurs étonnant de voir que certains couples hétérosexuels choisissent l'union civile plutôt que le mariage. Certains expliquent alors qu'ils font ce choix pour éviter le droit du divorce qui ne s'applique pas à l'union civile<sup>2200</sup>. Cette explication peut alors être étonnante, le droit du divorce apportant une protection plus complète aux ex-conjoints. Au Québec, contrairement à la France avec le PACS, c'est avant tout la rupture de l'union de fait qui pose des problèmes, l'union civile n'étant que très peu adoptée et lorsqu'elle l'est, elle lie des conjoints qui cherchent justement à éviter le divorce et ses conséquences...

**1238.** L'augmentation croissante du nombre de pacsés accompagnée d'un nombre toujours important de concubins en France et le phénomène essentiel de l'union de fait dans la société québécoise imposent qu'aujourd'hui on se pose la question du sort des membres de ces couples au moment de leur séparation. En effet, ces différents types d'unions entraînent des

---

<sup>2196</sup> Hauser Jean, « Dernier état des pactes civils de solidarité (Ministère de la Justice, statistiques 24 avril 2014) », *RTDCiv.* 2014 p. 862.

<sup>2197</sup> Voir Büsch Faustine et Timbart Odile, « Le profil des pacsés », *Infostat Justice* février 2014 n° 126, p. 1.

<sup>2198</sup> Voir Institut de la Statistique du Québec, chiffres à jour au 25 avril 2007, <http://www.stat.gouv.qc.ca/>

<sup>2199</sup> Institut de la statistique du Québec, *Le bilan démographique du Québec*, Bilan 2014, Décembre 2014, p. 99.

<sup>2200</sup> Propos recueillis par la Professeure Christine Morin de l'Université Laval lors de son cours de droit de la famille.

droits et des obligations différentes, avec une gradation allant d'une protection très limitée avec l'union libre à une protection un peu plus renforcée avec les nouveaux types d'unions que sont le PACS et l'union civile. Même s'il est le plus contraignant, le mariage apparaît toujours comme le dispositif le plus complet et le plus protecteur, en particulier en matière de stratégie patrimoniale<sup>2201</sup>. Or la situation des concubins et des partenaires civils et pacsés n'est guère différente dans les faits de celle des époux et il peut sembler utile se s'interroger sur une possible extension des obligations entre ex-époux aux ex-concubins, pacsés ou conjoints de fait.

---

<sup>2201</sup> Delécraz Yves, « Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales – Le choix du mode de conjugalité », *Dr. Fam.* juillet-août 2013 p. 16, voir également Combret Jacques, « Couples entre personnes de même sexe : se marier ou ne pas se marier ? – Regards d'un praticien », *Rép. Def.* 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 723.

## CHAPITRE II : LA POSSIBLE UNIFORMISATION DES REGIMES DES NOUVELLES UNIONS AVEC CELUI DU MARIAGE ?

**1239.** La question d'une possible extension des obligations entre ex-conjoints mariés aux ex-conjoints de fait amène à confronter deux théories. La première, plus traditionnelle, est celle selon laquelle les concubins, pacsés ou conjoints dans une union civile n'ayant pas choisi de se marier, le respect de la liberté contractuelle prescrit de ne pas leur imposer des obligations à la suite de leur séparation (I). La seconde correspond à un mouvement plus contemporain de protection des personnes dans le besoin et consiste à protéger par tous les moyens l'ex-concubin, pacsé ou conjoint de fait, dans le besoin à la suite de l'union de même que ses enfants (II). Par ce questionnement on retrouve alors la confrontation traditionnelle du respect de la liberté et de la protection d'ordre public de certaines catégories de personnes défavorisées.

### § 1. RESPECT DE LA LIBERTE DES INDIVIDUS ?

**1240.** Cette vision du respect de la liberté individuelle des concubins et conjoints de fait est celle qui a prédominé pendant de nombreuses années et prédomine encore. Elle explique le comportement de neutralité des différents législateurs face aux unions de fait et ainsi l'absence de législation encadrant ces unions. En France, elle constitue la théorie dominante et M. Cornu représente ainsi la politique majoritaire en considérant que les concubins ayant choisi de vivre hors du droit, il n'est pas nécessaire de leur imposer des règles et que le droit prétorien est suffisant pour agir au coup par coup et pallier à différentes iniquités<sup>2202</sup>. Le PACS a certainement modifié un peu les choses en la matière mais il ne faut toutefois pas oublier que le PACS, de même que le mariage, nécessite l'accord des partenaires pour exister et qu'il n'est pas d'application automatique pour tous les couples en union libre. Il respecte donc tout autant la liberté des concubins de choisir d'être ou non soumis à son régime. La Cour de cassation a d'ailleurs utilisé cet argument pour justifier le fait qu'il n'y avait pas de discrimination en ce qui concerne le traitement différent entre l'époux survivant et le partenaire survivant d'un PACS pour la pension de réversion. Elle a ainsi refusé d'octroyer une telle pension de réversion au partenaire survivant du PACS en se fondant sur deux arguments : la liberté des partenaires et la protection du mariage qui constitue, selon

---

<sup>2202</sup> Cornu Gérard, Droit civil, *La Famille*, 8<sup>ème</sup> édition, 2003, Ed. Montchrestien, n°51 p. 101, voir également Brunetti-Pons C., « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* Mai 2003, p. 16.

elle, une cause légitime et suffisante pour justifier la différence de traitement entre le mariage et le PACS<sup>2203</sup>.

**1241.** Au Canada, la décision de la Cour suprême *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh*<sup>2204</sup> retient également cette théorie du respect de la liberté des conjoints de fait. Dans cette affaire, Mme Walsh et M. Bona, ont vécu ensemble pendant environ dix ans. Ils ont eu deux enfants et étaient propriétaires d'une maison. A la suite de la séparation, Mme Walsh a demandé à bénéficier du *Matrimonial Property Act* de la Nouvelle Ecosse qui régleme le partage des biens des époux. Elle a alors demandé à ce que l'article de la loi qui définit comme conjoints les seuls époux soit déclaré comme discriminatoire au sens de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Considérant que l'état matrimonial n'était pas un motif analogue sur lequel on pouvait fonder une allégation de discrimination en vertu de l'article 15(1) de la Charte, le juge de 1<sup>ère</sup> instance a rejeté la demande de Mme Bona. La Cour d'appel de Nouvelle-Ecosse<sup>2205</sup>, pour sa part, a adopté la position inverse et reconnu que même si la conjointe de fait pouvait utiliser certaines actions en *equity*, elle ne pouvait bénéficier de la présomption de partage prévue pour les époux par le *Matrimonial Property Act* et faisait alors l'objet d'une discrimination par rapport aux conjoints mariés. Considérant que le *Matrimonial Property Act* était discriminatoire, la Cour déclara l'invalidité de l'article de la loi limitant la définition de conjoint aux seuls conjoints mariés et donna 12 mois au législateur pour modifier cette disposition. Le ministère public a alors interjeté appel de cette décision.

**1242.** En Cour suprême, la majorité des juges s'exprimant sous la plume de l'honorable Juge Bastarache a considéré que l'exclusion des personnes de sexe opposé, qui cohabitent sans être mariés, du domaine d'application du *Matrimonial Property Act* n'était pas discriminatoire au sens de l'article 15(1) de la Charte. Selon le juge, la distinction ne

---

<sup>2203</sup> Voir la décision de la 1<sup>ère</sup> chambre de la Cour de cassation du 23 janvier 2014, *Dr. Fam.* Avril 2014, com. 63, n. Torricelli-Chrifi Sarah.

<sup>2204</sup> *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh* (indexée également sous *Walsh c. Bona*), [2002] 32 *R.F.L.* (5th) 81, [2002] 4 *R.C.S.*425, Thompson Rollie D.A., « Annotations », [2002] 32 *R.F.L.* (5th) 87, Voir également les commentaires de Goubau Dominique, « ça fait une différence ! Mariés ou conjoints de fait », *Collection du juriste*, Ed. CCH, février 2003, p. 4 ; Jollimore Elisabeth, « Case comment : *Nova Scotia v. Walsh* », *Canadian Family Law Matters*, Ed. CCH, Février 2003, p. 1. Voir aussi la position dissidente de M. McClary qui considère que cette décision a été adoptée pour inciter le législateur à modifier la législation sur le mariage homosexuel, McClary James T., « A different view of *Nova Scotia (Attorney-General) v. Walsh* », [2005-2006] 22 *Can. J. Fam. L.* 43.

<sup>2205</sup> *Walsh v. Bona*, [2000] 5 *R.F.L.* (5th) 188 (N.S.C.A.), pour un commentaire de cette décision voir Fersili Onofrio, « Recognizing a Fundamental Change: a Comment on *Walsh*, the *Charter*, and the Definition of Spouse », [2001] 18 *C.J.F.L.* 159.

portait pas atteinte à la dignité des personnes non mariées qui avaient formé des liens d'une certaine permanence et elle ne leur refusait pas non plus l'accès à un bénéfice ou avantage dont jouissaient les personnes mariées. Chacun est libre de choisir son statut et imposer des obligations aux conjoints de fait serait aller à l'encontre de leur choix de ne pas se marier et de leur liberté de contracter ou non une telle union. Les personnes qui souhaitent bénéficier du *Matrimonial Property Act* étaient libres de se marier, de conclure un contrat familial et de détenir les biens en copropriété. De plus, dans le cas où une interdépendance économique s'est mise en place, le Juge Bastarache considère que divers recours, dont la fiducie par interprétation, sont ouverts pour pallier à l'absence de loi. La distinction faite par le *Matrimonial Property Act* n'est donc pas discriminatoire selon l'opinion de la majorité et reflète la différence qui existe et doit exister entre les époux qui ont choisi le mariage et les conjoints de fait qui ont choisi de ne pas se marier. Le Juge Gonthier, pour sa part, a ajouté que les époux ont choisi de s'engager pour la vie par le biais du mariage, ce qui n'est pas le cas des conjoints de fait et la similitude des conditions de vie de ces conjoints à celles des personnes mariées ne remettait pas en cause l'élément principal du mariage qui est l'engagement permanent.

**1243.** Cette position de la majorité de la Cour suprême marque bien la volonté de différencier le mariage de l'union de fait en mettant en valeur l'intervention ou non de la volonté des conjoints de se lier et de s'obliger l'un envers l'autre. C'est en raison de leur engagement initial que les époux ont des obligations entre eux au moment du divorce. La Cour suprême canadienne rejoint donc la doctrine française selon laquelle les conjoints de fait ayant décidé de vivre en dehors de tout cadre ou obligation juridique, le droit ne peut leur en imposer.

**1244.** Cette décision fut toutefois critiquée au Canada et elle constitue certainement un retour en arrière par rapport aux décisions antérieures telles que *Miron c. Trudel*<sup>2206</sup> et *M. c. H.*<sup>2207</sup> qui tendaient à aller vers une reconnaissance de plus en plus étendue de droits tant pour les concubins hétérosexuels qu'homosexuels. Le Juge L'Heureux-Dubé dans le cadre de sa dissidence dans cette même décision *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh* a rédigé une des opinions les plus critiques face à la position de la majorité de la Cour suprême. L'honorable Juge considère en effet que l'extension aux conjoints de fait des obligations post-

---

<sup>2206</sup> *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

<sup>2207</sup> *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

divorce des époux pouvaient être la meilleure solution pour résoudre les questions liées à la rupture d'une relation à long terme.

**1245.** Malgré ces oppositions, la Cour suprême a confirmé sa position dans la décision *Québec (Procureur Général) c. A.* du 25 janvier 2013<sup>2208</sup>. Elle est alors revenue sur une décision de la Cour d'appel du Québec de 2010<sup>2209</sup>. Dans cette affaire, l'ancienne conjointe de fait, d'origine brésilienne, d'un millionnaire québécois demandait le paiement d'une pension alimentaire de 56 000 \$ par mois. Le concubinage avait duré sept années en tout, trois enfants étaient nés de cette union et Mme A. n'avait exercé aucune profession pendant la vie commune. La Cour supérieure du Québec, en première instance, a alloué une pension alimentaire pour les enfants à la charge du père, mais a refusé d'octroyer cette pension demandé pour elle-même par Madame au motif que ce refus n'allait pas à l'encontre de l'article 15 de la Charte. La demanderesse arguait, en appel, que tant l'exclusion des conjoints de fait des règles de partage des biens prévues pour le mariage que de l'obligation alimentaire était inconstitutionnelle. La Cour d'appel du Québec a tout d'abord considéré que, concernant les règles de partages des biens, celles-ci ne pouvaient s'appliquer qu'aux conjoints mariés, ces derniers ayant choisi de s'y soumettre. Elle était en revanche revenue sur la décision de la cour de première instance en ce qui concerne l'obligation alimentaire et mettait en exergue le fait que, dans ce cas, la décision *Walsh* ne pouvait s'appliquer. Selon la Cour, si le partage des biens a une origine contractuelle, l'obligation alimentaire « répond à des besoins de base et participe à la solidarité sociale ». La Cour a précisé que si les couples de fait avaient les mêmes droits et obligations sociales et fiscales que les couples mariés, des désavantages persistaient toujours pour les conjoints de fait, en particulier en droit des successions. Le fait de les exclure du champ d'application de l'article 585 du Code civil du Québec<sup>2210</sup> faisait également perdurer le stéréotype selon lequel ces relations hors mariage ne sont pas assez stables et sérieuses pour bénéficier de la protection de l'article 585. Cet article prévoit une obligation alimentaire tant pour les conjoints mariés que pour ceux unis civilement mais aussi les parents au premier degré. La Cour en a déduit alors qu'il ne s'agissait pas d'une obligation alimentaire fondée sur le seul contrat mais sur l'obligation

<sup>2208</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5

<sup>2209</sup> *A. c. B. Droit de la Famille – 102866 (C.A.)* [2010] *R.D.F.* 659 à 690, affaire dite également « Lola ». Voir le commentaire de Millan Luis, « No support for common-law spouses discriminatory : QCA », *The Lawyers Weekly*, Vol. 30, n° 28, 26 novembre 2010, p. 2. Pour un commentaire de la décision en première instance voir Langevin Louise, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697.

<sup>2210</sup> Article 585 du Code civil du Québec : « Les époux et conjoints unis civilement de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments ».

sociale existant entre les membres de la cellule familiale que celle-ci existe ou non par le mariage. En excluant les conjoints de fait de cette disposition, le Code civil excluait alors près de 35 % des couples québécois et 60 % des enfants de cette province de sa protection. Les dispositions du Code civil ne tenaient pas compte, pour la Cour, de la réalité sociale et du fait que la situation de l'époux divorcé ou séparé dans le cadre d'un concubinage est similaire. La Cour, sous la plume de la Juge Dutil, en a déduit que l'article 585 du Code civil était discriminatoire et que cette discrimination n'était pas justifiée par l'article 1<sup>er</sup> de la Charte c'est-à-dire qu'elle n'était pas raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique<sup>2211</sup>. La Cour d'appel a donc déclaré la disposition invalide avec toutefois une suspension de 12 mois afin de permettre au législateur d'agir.

**1246.** Saisie par le procureur général du Québec, la Cour suprême a rendu sa décision en janvier 2013<sup>2212</sup>, après plus d'un an de délibération. Les juges de la Cour suprême ont été très partagés face à cette affaire. Toutefois, il ressort de la somme des différentes opinions que, selon la majorité des juges, si les articles du Code civil du Québec relatif aux effets du mariage créent bien une distinction entre les époux mariés et les conjoints de fait alors que ceux-ci sont dans des situations similaires, cette distinction ne crée pas de désavantages résultant de la perpétuation de stéréotypes mais est plutôt liée à la volonté de respecter la volonté des conjoints de se soumettre ou non aux règles du régime matrimonial. L'union de fait n'est ainsi plus considérée par le Juge Lebel comme étant discriminée aujourd'hui et les conjoints de fait ont la liberté de mettre en place des conventions prévoyant une possible pension alimentaire ou des dispositions similaires au régime matrimonial. Le juge Lebel précise également que la question de l'extension du soutien alimentaire existant entre époux avait été débattue en 1980 et écartée au nom du respect de la liberté des conjoints. Cette liberté de choix continue ainsi à être privilégiée au Québec, même si, dans la décision même de la Cour suprême, certains juges, comme la Juge Abella, la remettent en cause et considèrent même que dans cette affaire, Madame n'avait pas eu le choix de se marier ou non, Monsieur ne le souhaitant tout simplement pas.

---

<sup>2211</sup> Drapeau Murielle, *Personnes, famille et successions, Collection du droit 2011-2012*, « Chapitre 1 : La séparation de corps et le divorce : aspects généraux du traitement du litige conjugal », p. 92.

<sup>2212</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5, voir Roy Alain, « Affaire *Eric c. Lola* – une fin aux allures de commencement », *Conférence des juristes d'état*, Québec, 9 avril 2013, publié sur le site internet de la conférence des juristes, voir p. 259 et s.

**1247.** La décision de la Cour suprême était attendue au Québec car elle aurait pu permettre de faire évoluer la situation des conjoints de fait dans cette province et en particulier des conjointes de fait qui peuvent souffrir des conséquences de la rupture de l'union. Ce n'est pas la position qui a été finalement retenue et les conjoints de fait québécois, de même que ceux français, ne bénéficient pour le moment d'aucune protection. Toutefois, cette décision a posé différentes questions au Québec, et si certains vont jusqu'à proposer de repenser totalement le droit de la famille<sup>2213</sup>, une commission mise en place par le ministre de la justice québécois étudie la possibilité d'étendre l'obligation alimentaire aux conjoints de fait et la question de la protection de l'ex-partenaire dans le besoin est alors posée. De même le Conseil du statut de la femme qui pendant longtemps a défendu la nécessité de promouvoir l'égalité et l'indépendance des femmes et au nom de leur liberté, la nécessité de ne pas assujettir les conjoints de fait aux mêmes obligations que les conjoints mariés défend désormais la nécessité de prévoir des droits et obligations pour les conjoints de fait<sup>2214</sup>.

## **§ 2. OU PROTECTION DES ENFANTS ET DE L'EX-PARTENAIRE DANS LE BESOIN ?**

**1248.** Différents arguments (A) tendent vers une extension des obligations entre ex-conjoints aux ex-concubins et conjoints de fait. Ces arguments ont d'ailleurs déjà eu certaines conséquences au Canada (B).

### **A. Des arguments en faveur d'une extension des textes relatifs au divorce aux dissolutions des autres unions**

**1249.** Différents arguments, tant juridiques que sociologiques, peuvent amener à envisager une extension des obligations entre ex-conjoints aux ex-concubins, conjoints de fait ou pacsés. Ainsi, en ce qui concerne les arguments juridiques, différencier les couples en raison de la volonté de certains de se marier et des autres de ne pas se soumettre aux obligations du mariage n'est pas justifié. Comme le fait remarquer Mme L'Heureux-Dubé, les concubins ou les époux envisagent rarement les conséquences juridiques de leur mariage ou de leur union libre<sup>2215</sup> et les époux eux-mêmes ne sont pas capables d'envisager toutes les

---

<sup>2213</sup> Voir Alain Roy ci-dessus.

<sup>2214</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridiques des conjointes de fait*, Mai 2014.

<sup>2215</sup> *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh* (indexée également sous *Walsh c. Bona*), [2002] 4 R.C.S. 325, [2002] 32 R.F.L. (5th) 81, p. 207. Voir également Leleu Yves-Henri, *Les collaborations économiques au*



conséquences juridiques et financières de leur union au moment du mariage et c'est en partie, d'ailleurs, pour pallier aux événements inattendus qui ont lieu au cours du mariage que les législateurs ont prévu des régimes matrimoniaux impératifs et des institutions comme le patrimoine familial. A l'exception des juristes eux-mêmes, rares sont les partenaires, époux ou conjoints de fait, qui connaissent les conséquences juridiques. Au Québec, il existe même une sorte de « croyance populaire » selon laquelle les conjoints de fait obtiendraient au bout d'un certain nombre d'années, généralement deux ans, les mêmes droits que les conjoints mariés. Cette croyance vient du fait que le droit social reconnaît aux couples de fait les mêmes droits que les couples mariés ou unis civilement à partir du moment où ils ont vécu pendant une certaine période ensemble, cette période variant suivant le droit social octroyé<sup>2216</sup>. Cette croyance n'est alors pas sans poser des problèmes quant à la perception de la réalité de l'union de fait dans la société.

**1250.** De plus, selon Madame la Juge L'Heureux-Dubé ainsi que M. et Mme Payne<sup>2217</sup>, il existe un certain nombre de raisons pouvant expliquer l'absence de mariage des

---

*sein des couples séparatistes – Pour un indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix, Conférences Roger Comtois, Ed. Thémis, 2014, p. 61.*

<sup>2216</sup> Voir Castelli Mireille et Goubau Dominique, *Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 172 et s., p. 532 et s. pour des exemples de droit octroyés en cas de rupture de l'union de fait. Voir également l'étude menée sous la direction de Belleau Hélène, *Enquête qualitative sur les représentations de la conjugalité au Québec*, INRS 2008, p. II et III, ainsi que le sondage Ipsos Descarie cité par Alain Roy selon lequel 50 % des gens en union libre considèrent qu'ils sont aussi bien protégés que les gens mariés en cas de séparation. Voir également Belleau Hélène et Cornut Saint-Pierre Pascale, « La question du « choix » dans la décision de se marier ou non au Québec », *Lien social et Politiques* n° 66, 2011, p. 85, Roy Alain, « Affaire Eric c. Lola – une fin aux allures de commencement », *Conférence des juristes d'état*, Québec, 9 avril 2013, publié sur le site internet de la conférence des juristes, voir p. 274. Cette croyance persiste même après la célèbre affaire Lola étudiée ultérieurement, Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridique des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 30. Une telle croyance existe également en Belgique, Leleu Yves-Henri, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix, Conférences Roger Comtois, Ed. Thémis, 2014, p. 67.* Voir également Langevin Louise, « Les unions de fait : protection ou liberté de choix ? Le Québec à la croisée des chemins », *Dr. Fam.* Mars 2015, dossier 2.

<sup>2217</sup> Payne Julien D. et Payne Marilyn A., *Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, 2011, Irwin Law, p. 41 et s. Les auteurs citent ainsi différentes raisons qui peuvent amener un couple à vivre en concubinage :

1. Un empêchement légal au mariage (avec par exemple un concubin déjà marié)
2. Un obstacle religieux
3. Le mariage est envisagé comme démodé par les concubins
4. Le mariage impose un certain nombre de droits et obligations que les concubins veulent éviter
5. La disparition de la stigmatisation sociale et religieuse du concubinage
6. Le concubinage est envisagé comme un mariage à l'essai par des couples jeunes
7. Le fait de vivre en concubinage permet à un des concubins de conserver un certain nombre de droits qu'il pourrait perdre en cas de remariage (exemple : droits alimentaires)

conjoints vivant en union de fait et certains sont indépendants de la volonté des parties<sup>2218</sup>. Certaines sont plus sociologiques comme la simple commodité ou le mariage « à l'essai ». On constate également que des ex-époux, ayant déjà vécu un divorce, seront moins enclins à ce remarier, par peur d'une nouvelle séparation et donc d'un nouveau divorce<sup>2219</sup>. Dans ces cas la liberté est laissée aux conjoints de choisir ou non de se marier mais il n'en est pas de même lorsqu'existent des empêchements religieux ou légaux au mariage. Il ne faut pas oublier que jusqu'à dernièrement au Canada ou en France, les couples homosexuels se retrouvaient dans l'impossibilité de pouvoir se marier et n'avaient donc d'autres choix que de vivre en concubinage ou dans le cadre d'institutions moins protectrices que le mariage comme le PACS<sup>2220</sup>. Dans ces derniers cas, les conjoints de fait n'avaient pas la liberté de choisir de se marier mais se retrouvaient automatiquement exclus des conséquences du mariage et du divorce. Leur liberté était alors loin d'être respectée et leur refuser le bénéfice des obligations et protections entre ex-conjoints au motif de respecter leur liberté contractuelle semble paradoxal.

**1251.** Des arguments de fait amènent également à reconnaître l'extension des obligations entre ex-époux aux ex-conjoints de fait. Quelle différence y a-t-il en effet entre une épouse qui a été mariée pendant de nombreuses années et a abandonné son emploi entièrement ou partiellement pour s'occuper des enfants et une conjointe de fait ou une concubine en union libre depuis de longues années qui a mis de côté sa carrière professionnelle pour s'occuper des enfants et du foyer ? Elles ont toutes les deux des difficultés financières à la fin de l'union mais, alors que l'épouse pourra obtenir une aide de son conjoint, reconnaissance des sacrifices qu'elle a pu faire pendant le mariage, la concubine, pour sa part, ne verra pas reconnaître ces mêmes sacrifices. La vie commune entraîne les mêmes interdépendances qu'elle ait lieu dans le cadre d'un mariage ou d'une union libre et les couples de concubins fonctionnent le plus souvent comme des couples mariés et ont le même type d'organisation et de partage des tâches et donc les mêmes

- 
8. Des concubins qui commencent à dormir chez l'un puis chez l'autre sans avoir la volonté d'instaurer une vraie relation de concubinage.

<sup>2218</sup> *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh, op. cit.*, p. 209.

<sup>2219</sup> Leleu Yves-Henri, *Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour une indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix*, Conférences Roger Comtois, Ed. Thémis, 2014, p. 66.

<sup>2220</sup> L'union civile qui a été adoptée au Québec peu de temps avant l'ouverture du mariage aux couples homosexuels en droit fédéral, est une copie du mariage et donne donc une protection similaire aux conjoints d'une telle union, à une grande différence toutefois qui est que ces conjoints ne bénéficient pas du divorce et de ses effets lors de la dissolution de leur union.

conséquences économiques. Il semble alors nécessaire aujourd'hui de protéger l'ex-concubine dans les mêmes conditions que l'ex-conjointe. La reconnaissance de l'interdépendance pouvant exister entre les ex-conjoints de fait ou concubins passe par l'extension d'obligations comme la prestation compensatoire telle que nous l'envisageons pour le futur et de l'indemnité pour enrichissement sans cause. Quoiqu'en dise la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Walsh*<sup>2221</sup>, un minimum de partage des biens acquis pendant le concubinage et l'union de fait est nécessaire pour pallier à cette interdépendance. Les concubins ou conjoints de fait ont en effet participé ensemble à l'enrichissement de la famille et le partenariat qui existe au sein du mariage est souvent également présent entre deux conjoints de fait.

**1252.** Un dernier argument de fait tendant à étendre les conséquences pécuniaires du divorce à la dissolution de l'union de fait est la présence d'enfants. Actuellement 60% des enfants québécois naissent au sein de couples non mariés, ils sont plus de la moitié pour une première naissance en France. De plus, les unions de fait se terminent plus souvent que les mariages par une séparation<sup>2222</sup>. Protéger et donner à l'ex-concubin ou conjoint de fait dans le besoin les moyens de survivre et des droits à l'encontre de son compagnon contribue également à protéger ses enfants. En effet, le plus souvent c'est la mère qui, de même qu'à la suite du divorce, aura la garde de ses enfants. Elle est également généralement le partenaire qui souffre le plus économiquement de la séparation et il est donc nécessaire de lui offrir les mêmes possibilités et actions que celles dont bénéficie l'ex-épouse à l'égard de son ex-mari. Si les conjoints de fait ou concubins ont choisi de vivre non mariés, ce n'est pas le cas de leurs enfants et il peut paraître inéquitable de les voir souffrir des choix faits par leurs parents<sup>2223</sup>.

**1253.** Différents arguments poussent donc à étendre les conséquences pécuniaires du divorce à la dissolution des unions de fait et concubinages. Ces arguments ne sont pas nouveaux et ils ont déjà été reconnus et mis en œuvre dans un certain nombre de provinces canadiennes anglophones.

---

<sup>2221</sup> Voir n° 1116 et s.

<sup>2222</sup> Ainsi 60% des enfants nés dans le cadre d'une union de fait verront leurs parents se séparer contre 14% de ceux nés dans le cadre d'un mariage dont les époux n'avaient pas vécu ensemble avant de se marier, voir Statistiques Canada, *Canada Year Book*, Ministère de l'Industrie, 2002, p. 195.

<sup>2223</sup> Voir Goubau Dominique, Otis Ghislain et Robitaille David, « La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux », (2003) 44 *C. de D.* 3, Tétrault Michel, *Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005, p. 565.

## B. Des politiques qui vont vers une telle extension ?

**1254.** Alors que les droits de tradition civiliste comme le droit français semblent plus réticents à reconnaître et à imposer des effets à des situations de fait, les droits de tradition de *common law* sont plus ouverts à une telle reconnaissance<sup>2224</sup>. Les droits de *common law* reconnaissent ainsi la notion de *common law marriage* et mettent en exergue à côté des mariages officiels des mariages officieux, de fait. Dès les années 1970, certaines législations des provinces canadiennes de *common law* ont reconnu un certain nombre de droits aux conjoints de fait et plus particulièrement ont étendu l'obligation alimentaire existant entre époux à ces conjoints. Il en est ainsi en Ontario depuis 1978 où la section 29 du *Family Law Act*<sup>2225</sup> prévoit que, pour l'obligation alimentaire entre époux, le terme « spouse » recouvre tant les personnes mariées que les conjoints de fait qui, soit vivent ensemble depuis trois ans soit, dans le cadre d'une relation d'une certaine permanence, ont des enfants naturels ou adoptifs. L'article 33(8) de cette loi détermine alors quatre objectifs pour cette obligation alimentaire entre conjoints :

- « reconnaître l'apport du conjoint à l'union et les conséquences économiques de l'union pour le conjoint ;
- distribuer équitablement le fardeau économique que représentent les aliments à fournir à un enfant ;
- comprendre des dispositions équitables en vue d'aider le conjoint à devenir capable de subvenir à ses propres besoins ;
- alléger les difficultés financières, si les ordonnances rendues en vertu de la partie I (Biens familiaux) et de la partie II (Foyer conjugal) ne l'ont pas fait. »

Ces objectifs sont proches de ceux fixés dans le cadre de la loi sur le divorce et permettent de reconnaître la contribution de la conjointe de fait pendant l'union et de mettre en œuvre dans une certaine mesure un partage des biens des conjoints vivant hors mariage. Ces dispositions

---

<sup>2224</sup> Jarry Jocelyne, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Ed. Yvon Blais, 2008, p. 60 et s.

<sup>2225</sup> *Family Law Act*, R.S.O. 1990, Chapter F3; voir également Fodden Simon R., *Family Law*, 1999, *Quicklaw*, Chapitre 4.

permettent également de protéger les femmes et plus particulièrement les mères qui, à la fin de l'union, sont dans le besoin et, de plus, ont généralement la garde des enfants<sup>2226</sup>.

**1255.** Les autres provinces canadiennes anglophones ont également adopté des dispositions prévoyant des pensions alimentaires entre conjoints de fait et aujourd'hui les neuf provinces anglophones ainsi que les Territoires du Nord Ouest ont adopté le principe d'une obligation entre ex-conjoints de fait lors d'une rupture<sup>2227</sup>. La Colombie Britannique ouvre ainsi une telle possibilité pour les conjoints ayant cohabité au moins deux années<sup>2228</sup>, au Nouveau Brunswick lorsqu'il y a eu une cohabitation de trois années ou qu'un enfant est né de cette relation<sup>2229</sup>.

**1256.** La province de l'Alberta est une des dernières provinces à avoir légiféré sur la question. La Cour d'appel de l'Alberta avait également permis, en 1998, à une concubine, qui avait vécu pendant trente ans en union libre, d'obtenir le versement d'une pension alimentaire par son ex-concubin. La Cour avait alors considéré que refuser un recours alimentaire en fonction de l'état civil est discriminatoire<sup>2230</sup>. Suite à cette décision, le législateur a adopté le *Family Law Act*<sup>2231</sup> entré en vigueur en 2005 qui institue une obligation alimentaire entre conjoints mariés ou de fait. Pour les conjoints de fait (en relation d'interdépendance), une cohabitation de trois ans doit être prouvée ou la naissance d'un enfant né de cette relation.

**1257.** Outre la possibilité d'une pension alimentaire, le partage du patrimoine de fait est envisageable dans certaines provinces. Certaines provinces et territoires comme la Saskatchewan<sup>2232</sup>, le Manitoba<sup>2233</sup> ou encore la Colombie-Britannique<sup>2234</sup> soumettent les conjoints de fait aux mêmes dispositions que les conjoints mariés. Les conjoints non mariés peuvent alors, de même que les conjoints mariés, dans ces droits se soustraire à ces dispositions en vertu de leur droit d'*opting out*. Concernant la Colombie Britannique, la

---

<sup>2226</sup> Goubau Dominique, Otis Ghislain et Robitaille David, *op. cit.* ainsi que Bala Nichola et Jaremko Bromwich Rebecca, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 2 *International Journal of Law, Policy and the Family* 145.

<sup>2227</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridiques des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 59.

<sup>2228</sup> *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, section 7.

<sup>2229</sup> Article 112 de la *Loi sur les services de la famille*, S.N.B, 1980, c. F-2.2, art. 1, amendée par la S.N.B. 2000, c. 59, art. 1.

<sup>2230</sup> *Taylor c. Russo*, [1999] 1 W.W.R. 85.

<sup>2231</sup> S.A. 2003, c. F-4.5.

<sup>2232</sup> *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 24(1)

<sup>2233</sup> *Loi sur les biens des conjoints de fait et modifications connexes*, L.M. 2002, ch. 48.

<sup>2234</sup> *Family Law Act*, SBC 2011, c. 25.

volonté du législateur a été clairement de protéger les conjoints de fait séparés, la fiducie constructive apparaissant insuffisante pour assurer une telle protection<sup>2235</sup>.

**1258.** D'autres provinces donnent la possibilité aux conjoints de fait de se soumettre aux dispositions prévues pour les conjoints mariés<sup>2236</sup>. Enfin, des provinces ont franchi le pas dans le cadre de partenariats enregistrés. C'est en particulier le cas de la Nouvelle Ecosse qui était directement concernée par la décision de la Cour suprême *Nouvelle Ecosse c. Walsh*<sup>2237</sup>. Avant même que la Cour n'intervienne, elle a ainsi modifié le *Matrimonial Property Act* afin de modifier sa définition de conjoints pour la faire correspondre à celle de partenaires. Ce *Matrimonial Property Act* est donc désormais applicable aux couples mariés mais également à ceux qui ne le sont pas à condition qu'ils aient enregistré leur union. La Commission de réforme des lois de l'Ontario a également proposé la même extension de ses dispositions relatives au régime matrimonial entre époux dans le cadre d'un partenariat enregistré<sup>2238</sup>.

**1259.** Ces partenariats enregistrés ne sont alors pas sans rappeler le PACS voire l'union civile québécoise et, sans déclaration de volonté des parties. La solution d'ouvrir le partage des biens du couple aux seuls couples enregistrés correspond certainement à la volonté toujours présente de certains législateurs de respecter la liberté des parties dans la mesure où seuls auront des droits et des obligations ceux qui auront choisi de se soumettre à ces partenariats.

**1260.** L'adoption de partenariats enregistrés pour donner des droits aux conjoints de fait ne nous paraît toutefois pas être la solution la plus adaptée. En effet, de même que les conjoints de fait ne s'engagent pas dans les liens du mariage la plupart d'entre eux ne s'engageront pas non plus dans un partenariat enregistré. Ne pas prendre en compte les couples qui ont choisi de rester sans aucun lien, serait renforcer les inégalités au détriment des plus faibles ainsi que nous le fait remarquer Mme Théry<sup>2239</sup>. Il est nécessaire de donner des

---

<sup>2235</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridiques des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 62.

<sup>2236</sup> Conseil du statut de la femme, *Avis pour une véritable protection juridiques des conjointes de fait*, Mai 2014, p. 61.

<sup>2237</sup> *Nouvelle Ecosse (Procureur général) c. Walsh*, *op. cit.*

<sup>2238</sup> Ontario Law Reform Commission, *Report on the Rights and Responsibilities of cohabitants under the Family Law Act*, 1993, p. 31.

<sup>2239</sup> Théry Irène, *Couple, Filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1998, p. 149.

droits aux personnes vivant en union de fait indépendamment de tout contrat ou mariage, en tenant compte uniquement de leur vie commune.

**1261.** De plus, même un partenariat enregistré peut ne pas prévoir une protection idéale et c'est en particulier le cas du PACS. En effet les dispositions relatives au PACS n'ont jamais prévu la possibilité d'une quelconque pension alimentaire ou prestation compensatoire entre les ex-pacsés. La seule action ouverte aux ex-pacsés est une action en responsabilité fondée sur la faute de l'un des partenaires. La dernière loi modifiant les dispositions relatives au PACS<sup>2240</sup> ne va non plus vers une plus grande reconnaissance de l'interdépendance qui a pu se mettre en place pendant la vie commune puisque, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007, le principe ne sera plus celui de la présomption d'indivision pour les biens acquis pendant la vie commune mais, à défaut de volonté contraire de la part des pacsés dans la convention de PACS, la présomption de séparation de biens. Tout en instaurant la communauté de vie obligatoire pour les pacsés, avec cette modification du régime des biens des pacsés, le législateur semble aller dans le sens d'un refus de reconnaître le PACS comme un véritable partenariat entre conjoints. Plus que jamais il semble donc utile en droit français d'instaurer un minimum de protection pour les ex-pacsés, en particulier pour celui qui subira plus fortement les conséquences de la dissolution de ce PACS et de leur étendre au même titre que les concubins les conséquences du divorce.

**1262.** Si les provinces de *common law* ont adopté des dispositions instaurant une obligation alimentaire et certains droits entre conjoints de fait, comme dans certaines provinces un patrimoine familial entre concubins, cela est loin d'être le cas dans les droits de « *civil law* » que sont la France et la Québec.

**1263.** Le Québec est la seule province canadienne, aujourd'hui, à ne pas prévoir de telles dispositions. Ainsi, si l'Office de révision du Code civil avait proposé d'instaurer une obligation alimentaire entre conjoints de fait, cette proposition, n'a pas été suivie<sup>2241</sup>, le Conseil du statut de la femme s'y était en effet opposé en considérant que cette obligation serait une entrave à la liberté et à l'autonomie des personnes<sup>2242</sup>. En 2010<sup>2243</sup>, la Cour d'appel

---

<sup>2240</sup> Loi 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

<sup>2241</sup> Lefebvre Brigitte, « L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé sous la direction de Lafond Pierre-Claude et de Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 3.

<sup>2242</sup> Jarry Jocelyne, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Ed. Yvon Blais, 2008, p. 92.

du Québec avait considéré que l'article 585 du Code civil du Québec<sup>2244</sup> qui exclut toute pension alimentaire entre conjoints de fait séparés va à l'encontre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle avait alors donné 12 mois au législateur pour revoir la disposition du Code civil. La Cour suprême, saisie par le défendeur de l'affaire et le procureur général a, comme nous l'avons vu, remis en cause la décision de la Cour d'appel en janvier 2013<sup>2245</sup> et aucune pension alimentaire n'est donc actuellement prévue entre conjoints de fait au Québec. Toutefois, nous le verrons<sup>2246</sup>, un comité consultatif sur le droit de la famille réfléchit à l'heure où nous rédigeons à un nouveau droit de la famille.

**1264.** En droit français, un important rapprochement procédural a eu lieu entre les droits des différents couples en 2009<sup>2247</sup>. En effet désormais, le juge aux affaires familiales est notamment compétent pour toutes les demandes relatives aux régimes matrimoniaux et aux indivisions entre personnes en union libre ou pacsées et pour les questions concernant la liquidation de ces régimes et de ces liquidations. Une jurisprudence commune à ces différentes formes de couples pourrait alors apparaître et un droit commun du couple, qui semble essentiel dans un objectif de protection des conjoints et des enfants, pourrait voir le jour.

### § 3. UN DROIT COMMUN DU COUPLE ?

**1265.** Dans une vision plus systémique, il peut sembler nécessaire de repenser aujourd'hui les relations entre adultes. C'est ce que propose la Commission du droit du Canada dans un rapport publié en 2001<sup>2248</sup>. Cette commission va très loin en proposant de reconnaître la solidarité et l'interdépendance susceptibles d'exister tant au sein des couples mariés, que dans les relations des couples non mariés, voire même dans les relations de

---

<sup>2243</sup> A. c. B. *Droit de la Famille* – 102866 (C.A.) [2010] *R.D.F.* 659 à 690, affaire dite également « Lola ». Voir

<sup>2244</sup> Article 585 du Code civil du Québec : « Les époux et conjoints unis civilement de même que les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments ».

<sup>2245</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5, voir n°1120 et s.

<sup>2246</sup> Voir n°1156 et s.

<sup>2247</sup> *Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 portant simplification et clarification du droit et allègement des procédures* et décret n° 2009-1592 du 17 décembre 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions, voir Mauger-Vielpeau Laurence, « Un pas de plus vers l'uniformisation des modes de conjugalité », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 10 février 2010, n° 2 p. 1.

<sup>2248</sup> Commission du droit du Canada, *Au-delà de la conjugalité, La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes*, 2001. Cette position est d'ailleurs critiquée au Canada car elle considérée comme allant trop loin, Bala Nicholas et Jaremko Bromwich Rebecca, « Context and Inclusivity in Canada's Evolving Definition of the Family », (2002) 2 *International Journal of Law, Policy and the Family* 145, p. 168.



personnes ne formant pas de couple à proprement parler comme, par exemple, des personnes dépendantes physiquement et leur soignant<sup>2249</sup>. Une telle possibilité d'interdépendance avait déjà en partie été envisagée dans le cadre du projet de pacte d'intérêt commun (PIC) proposé par la commission dirigée par M. Hauser<sup>2250</sup>. En effet, ce pacte devait être ouvert à toutes les personnes vivant ensemble et souhaitant organiser leurs relations pécuniaires sans pour autant avoir de relations sexuelles. Il se serait adressé ainsi, et entre autres, aux frères et sœurs et pour la première fois leur communauté de vie aurait pu être prise en compte. Le pacte était alors avant tout envisagé comme une société et il était prévu que ses dispositions soient insérées dans la partie relative aux sociétés du Code civil. Il est également nécessaire d'ajouter que tout un volet relatif à l'extension des droits sociaux au partenaire dans le cadre de ce pacte était prévu.

**1266.** Sans aller jusqu'à une ouverture de la solidarité à toutes les relations où existent une interdépendance, nous pensons qu'il est nécessaire de mettre en place, dans un objectif de protection de l'ex-concubin, ex-conjoints de fait ou ex-pacsés dans le besoin et de ses enfants<sup>2251</sup>, un minimum d'obligations communes à toutes les personnes vivant en couple, mariées ou non, partenaires ou non dans le cadre d'un partenariat enregistré<sup>2252</sup> et d'étendre ainsi aux couples non mariés des obligations que nous avons proposées pour les ex-époux.

**1267.** L'idée d'un droit commun du couple fait progressivement son chemin dans la doctrine française et un colloque sur le thème de « Reconstruire la famille : le droit commun du couple »<sup>2253</sup> s'est d'ailleurs tenu en France au cours de l'année 2007 et a permis à des Professeurs aussi réputés que le Professeur François Terré de s'interroger sur cette question d'entrevoir l'existence d'un réel rapprochement entre les droits des différents couples

---

<sup>2249</sup> Commission du droit du Canada, op. cit., p. 5 et s.

<sup>2250</sup> Sous la direction du Professeur Jean Hauser, *Le projet de pacte d'intérêt commun, Mission de recherche droit et justice, Groupe de réflexions : conséquences financières de la séparation des couples*, Ministère de la Justice, La documentation française, 1998.

<sup>2251</sup> M. Goubau propose d'ailleurs de se fonder avant tout sur l'existence d'enfants pour accorder de telles obligations, Goubau Dominique, « La conjugalité en droit privé : comment concilier « autonomie » et « protection », dans *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé sous la direction de Lafond Pierre-Claude et de Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 153.

<sup>2252</sup> Pour une étude de ce que pourrait être les caractéristiques de ce pourrait être une union hors mariage, voir Moore Benoît, « Quelle famille pour le XXI<sup>e</sup> siècle? Perspectives québécoises », [2003] 20 *Can J. Fam. L.* 57, p. 86 et s., voir également le très intéressant rapport de synthèse de M. Normand Jacques, « La notion juridique de couple, rapport de synthèse », dans *La notion juridique de couple* sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, Economica, 1998 p. 141.

<sup>2253</sup> Les actes de ce colloque étant parus dans *Les Petites affiches* du 20 décembre 2007, n°254, p. 4 et s.

actuellement. Le médiateur de la République<sup>2254</sup> a d'ores et déjà fait différentes propositions allant dans le sens d'une unification du droit des couples et M. Labbé a publié un ouvrage présentant le droit commun du couple<sup>2255</sup>. La nécessité d'étudier un droit commun du couple est d'autant plus justifiée aujourd'hui que l'on remarque, en droit français, un rapprochement du PACS vers le mariage et inversement une contractualisation et privatisation croissantes des relations conjugales, évolution qui est visible, en particulier, dans le cadre du divorce.

**1268.** S'interroger sur un droit du couple nécessite de déterminer ce qu'est un couple avant d'étudier les obligations qui pourraient être mises en commun.

### A. Qu'est-ce qu'un couple ?

**1269.** La notion de couple n'est pas définie dans les deux droits. Pour Mme Blough, pour déterminer ce qu'est un couple, il est nécessaire de chercher le plus petit dénominateur commun<sup>2256</sup>. Selon elle, la première possibilité est de déterminer qu'il y a couple à partir du moment où il y a communauté de vie, vie de couple. Cette vie de couple se retrouve alors dans tous les couples et plus particulièrement en droit français où elle est présente tant dans le mariage que dans le PACS et dans la définition légale du concubinage. La seconde possibilité serait de fonder le droit commun du couple sur l'*affectio copulae* soit l'intention de vivre en couple<sup>2257</sup>. Il faudrait donc simplement constater la volonté des partenaires de vivre en couple avec une intention de durer. Toutefois, cette notion ne prend pas en compte les différences d'engagement (voire d'absence d'engagement dans le cadre du concubinage) qui peuvent exister entre le mariage, le PACS, l'union civile ou l'union libre. Elle ne distingue pas non plus entre volonté juridique (dans le cadre du mariage, du PACS et de l'union civile) et volonté matérielle qui existe simplement pour l'union libre.

**1270.** M. Sagaut<sup>2258</sup>, pour sa part, reprend la première hypothèse exposée ci-dessus et considère que c'est principalement la communauté de vie qui caractérise le couple. Celle-ci consiste alors en une communauté affective et intellectuelle entre les conjoints. Elle implique

---

<sup>2254</sup> Jean-Paul Delevoye, « Synthèse des travaux », *Les Petites affiches*, 20 décembre 2007, n°254, p. 51 et s.

<sup>2255</sup> Labbé Xavier, *Le droit commun du couple*, Ed. Septentrion, 2012.

<sup>2256</sup> Blough Rachel, « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* avril 2009 p. 20.

<sup>2257</sup> Berdeaux-Cagogne F., *L'affectio copulae*, Thèse Université Paris X, 2007.

<sup>2258</sup> Sagaut Jean-François, « Couples au XXIe siècle : le nécessaire état des lieux des conjugalités », *Petites affiches* 2010, n°101 p. 11.

ainsi de chacun des membres du couple la volonté de vivre ensemble et d'entretenir des sentiments réciproques. Une communauté d'habitation et de lit est également une des conditions de cette communauté de vie. La cohabitation des conjoints mariés ou non sous un même toit<sup>2259</sup> apparaît comme essentielle, doublée d'une communauté de lit. Enfin cette communauté doit être stable, continue, exclusive, et d'une certaine durée. Cette vision du couple est celle qui nous paraît la plus proche de la réalité et a, entre autres, pour conséquence d'exclure les simples cohabitants, colocataires ou encore les frères et sœurs.

**1271.** Une fois le couple défini, deux hypothèses sont possibles pour un droit commun du couple : déterminer un seul et unique couple et faire disparaître la pluralité existante (B) ou conserver la pluralité et mettre en place un certain nombre de droits et obligations communes (C).

## **B. Instaurer un seul et unique couple et repenser le droit de la famille ?**

**1272.** Créer un droit commun du couple fondé soit sur la communauté de vie de deux personnes peut revenir à s'interroger sur la nécessité de maintenir une pluralité de conjugalité à partir du moment où on détermine un socle commun. Le socle commun permettrait en effet une protection suffisante des membres du couple et une reconnaissance de leur solidarité ce qui impliquerait que la survie d'unions spécifiques telles que le mariage, l'union civile ou le PACS, ne serait pas nécessairement justifiée. Le mariage, lui-même, ne serait plus qu'un simple cadre juridique pour organiser la vie de couple et ce qui faisait sa spécificité avec la conjugalité serait en fait étendu et dilué à tous les couples.

**1273.** Outre le divorce et la prestation compensatoire, la seule particularité qui pourrait encore convaincre les partenaires de se marier ou de conclure une union civile est le lien de filiation. En effet, ces deux institutions ont une influence directe sur la filiation d'un enfant né d'une mère mariée ou unie civilement avec la présomption de paternité qui présume comme étant le père de l'enfant le mari de la mère ou l'homme avec lequel elle est unie civilement<sup>2260</sup>. Cette spécificité, avec les avancées techniques et les tests génétiques, tend à disparaître et certains considèrent même que désormais le mariage institution est déconnecté

---

<sup>2259</sup> Pourtant la communauté de vie n'implique pas nécessairement d'avoir un lit commun (voir article 82 du Code civil du Québec). Avoir des domiciles distincts n'empêche pas non plus la communauté de lit.

<sup>2260</sup> Art. 312 C.civ. et art. 525 C.c.Q. ou la femme sur qui pèse une présomption de parentalité selon l'article 538.1 du Code civil du Québec.

de la filiation<sup>2261</sup>. De plus, cette spécificité est propre aux droits de tradition civiliste que sont le droit français et le droit québécois et ne vaut pas dans les droits de tradition de *common law* où une telle présomption peut également exister pour les conjoints de fait. C'est ainsi qu'au Manitoba est présumé être le père de l'enfant l'homme qui cohabitait avec la mère dans une relation ayant une certaine permanence au moment de la naissance de l'enfant, ou dont la cohabitation avec la mère a cessé dans les 300 jours, ou dans une période d'une durée déterminée par la cour, avant la naissance de l'enfant<sup>2262</sup>. Une telle présomption pourrait alors être envisageable en droit français et québécois et ferait alors définitivement disparaître la spécificité du mariage et de l'union civile.

**1274.** M. Labbé considère alors que l'on pourrait créer « un concept » avec un « mot regroupant les trois formes d'union » (mariage, PACS et union libre en France, mariage, union civile et union de fait au Québec) et l'appeler par exemple « union civile » et réserver le mot mariage au seul mariage religieux<sup>2263</sup>.

**1275.** M. Roy<sup>2264</sup> propose, pour sa part, d'aller au-delà de la révision des statuts du mariage, de l'union de fait et de l'union civile québécoise et de réfléchir aux fondements mêmes du droit de la famille. Il s'interroge tout d'abord sur la finalité du droit de la famille québécois et constate que celle-ci est la protection des plus vulnérables avec l'obligation alimentaire, les mesures de protection de la résidence familiale mais aussi le patrimoine familial voire la société d'acquêts. Pour cet auteur, cet état de vulnérabilité ne découle pas du mariage mais de la présence d'enfants nés de l'union. Il propose alors de remplacer la notion de mariage par celle de naissance d'un enfant. Ce ne serait pas la formation du couple en tant que telle qui serait la source des obligations entre partenaires de ce couple mais bien l'arrivée d'un ou plusieurs enfants et le législateur devrait alors distinguer entre les couples sans enfants et ceux avec enfants. Les couples avec enfant, quel que soit leur statut (marié,

---

<sup>2261</sup> Lebel Aurélie, « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ Fam.* 2012 p. 122.

<sup>2262</sup> Art. 23 of *The Family Maintenance Act*, C.C.S.M. c. F20

“Unless the contrary is proved on the balance of probabilities, and subject to section 34 a man shall be presumed to be the father of a child in one or more of the following circumstances :

[...]

(e) He was cohabiting with the mother in a relationship of some permanence at the time of the child's birth or the child was born within 300 days, or such longer period as the court may allow, after the cohabitation ceased.

[...]”.

<sup>2263</sup> Labbé Xavier, *op. cit.* p. 240.

<sup>2264</sup> Roy Alain, « Affaire Eric c. Lola – une fin aux allures de commencement », *Conférence des juristes d'état*, Québec, 9 avril 2013, publié sur le site internet de la conférence des juristes, voir p. 302 et s. On rejoint la position énoncée par Dominique Goubau, Ghislain Otis et David Robitaille, *op. cit.*

conjoints de fait, pacsés ou partenaire d'une union civile) seraient soumis au système de protection actuel : obligation alimentaire, protection de la résidence familiale, patrimoine familial, ... Il faudrait pour le bénéficiaire de ce système déterminer la notion d'enfant, la date à partir de laquelle la protection jouera (naissance de l'enfant, conception), ... Pour les couples sans enfants, la liberté continuerait de régir les couples en union libre et les couples mariés bénéficieraient toujours du dispositif de protection actuel. L'auteur propose toutefois de prévoir un droit « d'opting out » des couples mariés afin qu'ils puissent décider de ne pas bénéficier du dispositif et ainsi, pour certains couples comme par exemple des couples âgés qui se marient en seconde noce, faire en sorte de se soustraire au patrimoine familial. L'auteur propose même distinguer entre les mariages suivant l'âge des conjoints (conjoints jeunes ou âgés) et le rang du mariage (premier mariage, mariage subséquent, ...).

**1276.** Suite à la décision de la Cour suprême de janvier 2013 refusant d'étendre les obligations existant entre époux aux conjoints de fait<sup>2265</sup>, le Ministre de la Justice a confié à un Comité consultatif sur le droit de la famille la mission d'évaluer, dans un premier temps, l'opportunité de revoir ou non l'ensemble du droit de la famille, puis, dans un second temps en cas de réponse positive, d'effectuer différentes propositions de réforme en matière de conjugalité mais aussi de parentalité et de filiation. Ce comité consultatif piloté par M. Roy et composé de différents professeurs et avocats spécialistes en droit québécois, a présenté ses premières conclusions au ministre en septembre 2013<sup>2266</sup>. Après avoir identifié les différentes évolutions socio-démographiques de la famille québécoise, il a conclu à la nécessité de revoir l'ensemble du droit de la famille et, à l'instar des propositions de M. Roy étudiées précédemment, propose, outre de revoir le droit de la filiation, de considérer la naissance d'un enfant comme la principale cause de l'interdépendance au sein du couple et d'étudier dans une seconde phase les modalités de prises en compte de cette nouvelle cause avec la détermination d'un nouveau régime de base pour les couples avec enfants mariés ou non, les effets que pourraient avoir le mariage pour des couples sans enfants, ...

**1277.** En juin 2015, le Comité consultatif sur le droit de la famille a rendu ses conclusions. Celles-ci, nous le verrons, amènent à repenser le droit de la famille. Le mariage

---

<sup>2265</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5.

<sup>2266</sup> Voir la lettre adressée par M. Le Professeur Alain Roy au Ministre de la Justice le 12 septembre 2013, lettre publiée sur site du Ministère de la Justice du Québec, <http://www.justice.gouv.qc.ca>, dans la partie publications/rapports.

conserve encore aujourd'hui sa spécificité et demeure la forme d'union la plus adoptée<sup>2267</sup> et la question peut également se poser de savoir si, sans révolutionner le droit de la famille, il n'est pas suffisant d'envisager une (ou des) obligation(s) ad hoc afin de réparer des situations qui peuvent apparaître comme injustes au moment de la séparation des partenaires.

### **C. Instaurer des obligations communes à une pluralité de couples ou repenser le droit de la famille ?**

**1278.** Plusieurs propositions ont déjà été faites concernant la mise en place d'obligations communes pour les couples mariés et non mariés. Ainsi, Mme Neirinck<sup>2268</sup> a imaginé d'instituer une action inspirée de l'action à fins de subsides à la charge de celui qui serait à l'origine de la rupture du concubinage. Dans les deux cas le débiteur a exercé sa liberté, soit d'établir une relation soit de rompre le concubinage. Cette liberté n'est pas remise en cause mais le débiteur doit assumer le fait qu'il cause un préjudice soit à l'enfant qui naîtra sans père soit au concubin délaissé. On peut toutefois reprocher à cette action de bien limiter cette liberté et de comparer deux situations non comparables : la situation de l'enfant dans le cadre de l'action à fin de subsides et celle d'un concubin qui a librement choisi de vivre en concubinage<sup>2269</sup>. De plus, une telle action reviendrait également à instaurer une obligation alimentaire entre ex-concubins en l'absence de tout lien de parenté ou d'alliance.

**1279.** Il a été aussi proposé une obligation autonome destinée à atténuer les conséquences de la rupture. Cette obligation fondée sur un devoir moral aurait pour critère l'existence d'une disparité objective entre les ressources respectives des deux concubins<sup>2270</sup>. Cette obligation purement morale n'est alors pas sans rappeler l'obligation naturelle issue d'un devoir de conscience que certains tribunaux n'hésitent pas à mettre en œuvre pour indemniser des concubines en droit français et pallier l'absence de prestation

---

<sup>2267</sup> C'est ainsi qu'en France, même si le nombre de mariage diminue et est de plus en plus concurrencé par la PACS, en 2010, 245 334 mariages avaient été célébrés et 203 956 PACS, voir le site de l'INED, [www.ined.fr](http://www.ined.fr), au Québec en 2011 encore 22 903 mariages avaient été célébrés et, la même année, même si l'union libre était largement majoritaire pour les personnes âgées de 30 à 34 ans, 25,5 % étant mariées et 41 % vivant en union libre, la tendance s'inverse pour la population plus âgée, 39,1% des 40 à 44 ans étant mariés contre 31,9 % vivant en union libre. Toutes générations confondues au Québec, pour les plus de 15 ans en 2011, 35,4 % étaient mariés et 20,9 % vivaient en union libre. Institut de la statistique du Québec, <http://www.stat.gouv.qc.ca>

<sup>2268</sup> Neirinck Claire, « Vers un droit commun de la rupture », *Les Petites affiches*, 20 décembre 2007, p. 28

<sup>2269</sup> Blough Rachel, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2270</sup> Berdeaux-Cagogne F., *op. cit.* n°288 et s.

compensatoire<sup>2271</sup> et pose avant tout un problème dans son fondement même qui est un simple devoir de conscience qui n'amène pas obligatoirement à la création d'une obligation.

**1280.** Une troisième proposition d'obligation ad hoc a été faite par Mme Blough<sup>2272</sup>. S'inspirant alors de l'ancienne indemnité exceptionnelle de l'article 280-1 du code civil<sup>2273</sup>, elle propose de mettre en œuvre une obligation ayant pour fondement la responsabilité pour risque anormal, l'un des concubins souffrant anormalement de la rupture et étant dans l'incapacité de pourvoir à ses besoins à la suite de celle-ci. Elle donne alors l'exemple du concubin qui aura renoncé à son activité professionnelle pour se consacrer au foyer et devrait au nom de l'équité recevoir une compensation, qui pour cette auteure correspondrait à un secours alimentaire temporaire. Nous percevons dans cette dernière obligation une sorte de nouvelle obligation à la fois alimentaire et indemnitaire, type d'obligation qui nous paraît peu adaptée.

**1281.** Au Québec, le Comité consultatif sur le droit de la famille<sup>2274</sup> propose pour sa part une véritable réécriture du droit de la famille et des obligations entre les membres du couple que ceux-ci soient mariés ou non. Il s'appuie sur deux grands principes pour repenser les relations des couples : d'une part prioriser l'intérêt et les droits de l'enfant, et, d'autre part, mettre en avant l'autonomie et la liberté contractuelle des conjoints. De ces deux principes découlent alors deux grands « régimes ». Le premier est un régime parental impératif qui est la conséquence de l'interdépendance apparue entre les conjoints avec la naissance de l'enfant. Le second est un régime conjugal qui pourrait être adopté par les conjoints de fait et s'applique par défaut aux conjoints mariés, ceux-ci ayant la possibilité de l'écarter avec la règle de l'« opting out ».

**1282.** Le régime parental impératif<sup>2275</sup> s'appliquerait à tous les couples, mariés ou non, ayant des enfants. Dans le cadre de ce régime, il est tout d'abord proposé d'étendre la protection du logement familial existant pour le mariage aux couples non mariés et de faire en sorte que les mesures de protection subsistent pendant un délai de 30 jours à compter de la

---

<sup>2271</sup> Neirinck Claire, *op. cit.*

<sup>2272</sup> Blough Rachel, *op. cit.*, p. 24.

<sup>2273</sup> Voir n°480 et s.

<sup>2274</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015. Au regard de l'importance de ce rapport, nous nous limiterons à exposer les grands principes de réforme proposés.

<sup>2275</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.* p. 71 et s.

cessation de la vie commune. Les parents seraient, de plus, soumis à une obligation de contribuer aux charges de la famille en proportion de leurs facultés. Une prestation dite « prestation compensatoire parentale » serait alors prévue pour compenser au jour de la cessation de la vie commune celui qui aura contribué au-delà de son obligation. Cette prestation compensatoire, élément fondamental du régime parental, viserait, d'une façon générale, à « permettre [...] la répartition équitable entre les parents (mariés, en union de fait, ou n'ayant jamais vécu ensemble) des désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard de leur enfant commun à charge ». Il s'agirait alors de compenser les désavantages économiques (comme par exemple la perte d'opportunité professionnelle) subis durant la vie commune en raison du partage des rôles parentaux ainsi que les conséquences prévisibles de ces désavantages. Une telle prestation compensatoire parentale pourrait aussi être octroyée, après la séparation du couple, lorsque l'un des parents subirait des désavantages économiques en raison d'un manquement important de l'autre parent dans l'exercice de ses devoirs parentaux. L'exemple donné par le comité et qui devrait donner lieu à l'attribution automatique d'une prestation compensatoire est celui où l'un des parents assume plus de 80% du temps de garde de l'enfant en raison du désintérêt ou du désengagement de l'autre parent. La prestation pourrait enfin être attribuée au parent qui assure une présence ou un soutien exceptionnel à un enfant donc l'état de santé l'exige « sauf si l'autre parent a également contribué en proportion de ses facultés au soutien de l'enfant tout au long de la période pendant laquelle cette situation a prévalu ». Concrètement, cette prestation compensatoire parentale doit être vue comme ayant un pur fondement compensatoire et être limitée aux désavantages économiques pouvant résulter de la prise en charge de l'enfant. Elle s'appliquerait de manière impérative par la seule présence de l'enfant, ce qui n'est pas le cas du régime conjugal proposé.

**1283.** En imaginant ce régime conjugal<sup>2276</sup>, les membres du comité ont souhaité revaloriser l'autonomie des conjoints, tout en gommant les différences entre les couples mariés et non mariés. Ne voyant pas l'utilité de l'union civile, ils proposent de l'abroger. Seuls seraient alors distingués au sein d'un titre général sur la conjugalité, le mariage et l'union de fait. Il est alors proposé un régime conjugal commun auquel les conjoints de fait pourraient adhérer par le biais d'un contrat et les conjoints mariés, qui y sont soumis par défaut, pourraient s'en exonérer, également par contrat. La prestation compensatoire existant

---

<sup>2276</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *op. cit.* p. 99 et s.



actuellement entre les époux mariés deviendrait une « prestation compensatoire conjugale » applicable aux deux types de conjugalité et demeurerait impérative. Les conjoints de fait pourraient adopter les règles successorales aujourd'hui applicables aux seuls époux. Concernant la nouvelle liberté laissée aux époux, ceux-ci, pourraient déroger au caractère proportionnel de la contribution aux charges de la famille par contrat de mariage. La réforme la plus importante proposée par le comité concerne le partage des biens entre époux. En effet, le caractère impératif du patrimoine familial disparaît. Celui-ci devient donc facultatif et est élevé au rang de régime patrimonial conjugal (applicable aux couples mariés et non mariés), et de régime légal supplétif à la place de la société d'acquêts (celle-ci devenant un simple régime secondaire). L'obligation alimentaire entre époux est maintenue mais le comité suggère que le gouvernement de la province du Québec négocie avec le gouvernement fédéral afin d'obtenir pleine compétence en la matière. Le Québec pourrait alors mettre en œuvre une réforme de cette obligation cohérente en associant les principes de liberté des conjoints et d'égalité des couples mariés et non mariés. Il est à noter que cette demande du comité a peu de chance d'aboutir. Enfin et pour information, si le comité propose l'abrogation du mandat entre époux et du principe de responsabilité solidaire des conjoints, il conserve néanmoins les devoirs de secours, d'assistance et de fidélité. Ces propositions sont accompagnées d'autres propositions concernant la célébration du mariage ou le nom d'époux. De plus, il est à noter, et ceci va alors au-delà de notre thèse, que le comité ne s'est pas limité à revoir les relations entre les conjoints mais a également envisagé une réforme du droit de la filiation avec, en particulier, des propositions qui seront certainement très discutées sur l'acceptation des mères porteuses et le régime particulier envisagé pour le contrat les liant avec les futurs parents.

**1284.** Ces propositions du Comité consultatif du droit de la famille, si elles semblent répondre aux nouvelles aspirations de la société et à l'augmentation du nombre d'unions de fait, amènent à une véritable refonte de droit de la famille au Québec. Elles peuvent paraître séduisantes, en particulier avec la prestation compensatoire parentale qui reconnaît le rôle et les sacrifices qui peuvent être faits par un des parents pour élever son ou ses enfants. Au Québec, des problèmes de compétences constitutionnelles se posent mais certaines propositions peuvent aussi amener à réflexion comme la disparition de la responsabilité solidaire entre époux. Si l'union libre se rapproche du mariage avec ces propositions, le mariage perd aussi sa spécificité et une partie de l'engagement et de l'association qu'il implique entre les époux. Faut-il pour autant aller aussi loin ? La question à se poser ne serait-elle pas ainsi tout simplement d'étendre, dans un objectif d'égalité et d'équité, certaines des

obligations post-divorce proposées<sup>2277</sup> qui permettraient de réparer des situations qui existent également dans le cadre des ruptures de PACS, union civile ou union libre sans pour autant remettre en cause la structure du mariage existant actuellement.

**1285.** Il en serait ainsi de l'indemnité en enrichissement proposée qui, à l'instar de la prestation compensatoire conjugale proposée par le comité québécois, permettrait de reconnaître légalement l'enrichissement sans cause dans les relations hors mariage, de la prestation compensatoire à partir du moment où il pourra être prouvé que la vie commune a été préjudiciable à l'un des partenaires en raison des choix faits pendant celle-ci, et de l'indemnité pour garde d'enfant qui devrait répondre exactement aux problèmes actuels que pose la garde des enfants à la suite de la dissolution de tout couple, marié ou non.

**1286.** La question de la pension alimentaire entre conjoints de fait est certainement la plus problématique et il nous semble qu'une obligation alimentaire entre ex-partenaires ne doit pas automatiquement être retenue. Dans le cadre du divorce, nous l'avons déjà limitée par des conditions strictes d'octroi et de subsidiarité et nous la voyons, dans une certaine mesure, comme la continuation de l'obligation qui existait entre les conjoints pendant le mariage. Dans le cadre de l'union de fait et si aucune obligation alimentaire n'est légalement prévue entre les partenaires (une telle obligation étant en effet prévue dans les provinces de *common law*) il est difficilement imaginable de la mettre en œuvre au moment où l'union disparaît. Au moins d'instaurer une véritable obligation alimentaire entre les partenaires pendant leur union, il est peu envisageable de prévoir une obligation alimentaire à la dissolution de l'union et, si c'était le cas, il serait alors nécessaire de l'entourer, comme en cas de divorce, de conditions d'exercice très strictes.

**1287.** Le cas du PACS, et de l'union civile si elle demeure utilisée par les québécois, peut alors être distingué. En effet dans les deux droits existe une forme d'obligation alimentaire entre les pacsés ou personnes unies de fait pendant l'union. Le PACS fait en effet référence à une « aide matérielle »<sup>2278</sup> qui n'est rien d'autre que la copie du devoir de secours existant entre les conjoints. L'union civile québécoise, pour sa part, prévoit expressément l'existence d'un devoir de secours entre les membres de cette union. Il n'est alors pas

---

<sup>2277</sup> Voir n°602.

<sup>2278</sup> Nouvel article 515-3-1 al. 1<sup>er</sup> C.civ

in envisageable de prévoir, de même que dans le mariage et dans les mêmes conditions restrictives, la survie de l'obligation alimentaire entre les ex-pacsés ou ex-unis civils.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**1288.** Les unions hors mariage ont toujours été marquées par la grande liberté laissée à leurs conjoints. Si ceux-ci ont choisi de ne pas se marier et de ne pas se lier, il ne paraît en effet pas justifié de leur imposer des obligations et, en particulier des contraintes au moment de leur séparation. Mais face à l'évolution de la société et du nombre de couples vivant en union libre, la question se pose aujourd'hui de mettre en place de telles contraintes et obligations dans un objectif de protection des enfants et des conjoints de fait, ou plutôt des conjointes de fait, qui, à l'instar de l'épouse, peuvent subir, suite à la dissolution de l'union, des désavantages économiques en raison des décisions prises par le couple pendant la vie commune.

**1289.** Au Canada, certains législateurs anglophones sont intervenus pour mettre en place des obligations alimentaires entre conjoints de fait<sup>2279</sup>. En France et au Québec, la situation est différente et, si les conjoints non mariés n'ont pas choisi de se lier par un mariage ou un pacte de solidarité ou une union civile, aucune obligation ne peut peser sur eux. Dans ces deux droits, l'évolution vers un droit commun du couple n'est néanmoins pas ignorée et, au Québec, un important rapport a été publié au mois de juin 2015<sup>2280</sup> proposant une réforme en profondeur du droit de la famille avec, entre autres, la création de deux types de régimes : un régime parental impératif liant les conjoints mariés ou non en présence d'enfant et un régime conjugal facultatif. Sans aller jusque là, il est tout à fait envisable aujourd'hui d'envisager d'étendre les institutions que nous avons proposé<sup>2281</sup> (à l'exception certainement de l'obligation alimentaire) aux conjoints de fait.

---

<sup>2279</sup> Comme en particulier l'Ontario, *Family Law Act, R.S.O. 1990, Chapter F3*; voir également Fodden Simon R., *Family Law*, 1999, Quicklaw, Chapitre 4.

<sup>2280</sup> Comité consultatif sur le droit de la famille, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Ministère de la Justice, 2015.

<sup>2281</sup> Voir n°690.

### CONCLUSION DU TITRE III.

**1290.** Le législateur s'est longtemps désintéressé des couples qui avaient décidé de ne pas se marier. Le concubinage ou le mariage se caractérisent par une absence de réglementation, à l'exception d'un certain nombre de règles de droit social. Afin de répondre à l'évolution de la société, et en particulier des revendications des couples homosexuels qui jusqu'à récemment ne pouvaient bénéficier du mariage, les législateurs sont intervenus à la fin des années 1990 et au début des années 2000 pour créer des partenariats civils, proches voire identiques au mariage, qui ont été étendus aux hétérosexuels.

**1291.** Face aux succès de ces nouvelles formes d'unions, en particulier en France, et à la place toujours plus importante donnée par les couples au concubinage, il est nécessaire aujourd'hui de s'intéresser à la possibilité d'étendre aux conjoints de fait ou aux partenaires de ces unions et partenariats civils, les nouvelles institutions imaginées pour le divorce. Celles-ci permettraient en effet de reconnaître la collaboration existant pendant la vie commune mais aussi de protéger le conjoint non marié désavantagé économiquement à la suite de la dissolution ainsi que les enfants. Si nous ne pensons pas qu'il ne soit pas nécessaire d'aller aussi loin que la proposition présentée en juin 2015 au Québec, étendre la prestation compensatoire, telle que nous l'avons envisagée, l'indemnité pour garde d'enfants ou celles pour enrichissement sans cause aux conjoints de fait, nous semble aujourd'hui équitable.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

**1292.** Les droits actuels sont marqués par une grande diversité d'institutions avec des fondements divers. Nous avons donc, tout d'abord, cherché dans cette partie à rationaliser et à repenser les institutions existantes ainsi que leur régime. Il s'agirait tout d'abord, afin de respecter les relations plus individualistes de la société, de mettre en place un régime légal proche de la société d'acquêts québécois ou de la participation aux acquêts français qui permettra d'allier liberté des époux et partage des biens. Nous proposons ensuite de maintenir une prestation compensatoire destinée exclusivement à compenser les sacrifices professionnels faits par l'un des époux pendant le mariage et en particulier dans le cas où il a quitté son emploi, travaillé à temps partiel ou renoncé à effectuer une carrière professionnelle pour se consacrer à la famille. Dans ce cadre, la mise en place de barème est aujourd'hui essentielle pour éviter les disparités actuelles. A cette prestation, pourrait s'ajouter une indemnité pour la garde d'enfant lorsqu'à la suite du divorce l'un des époux a la garde des enfants. De même, une indemnité pour enrichissement sans cause pourrait être envisagée quand le travail domestique ou professionnel de l'un des conjoints a permis à l'autre de s'enrichir ou d'éviter de s'appauvrir pendant le mariage. Enfin, la possibilité d'une obligation alimentaire n'a pas été écarté mais elle doit intervenir dans les cas très limités où l'un des époux ne peut, au moment du divorce, en raison de son état de santé ou de son âge subvenir à ses besoins et lorsqu'il n'a pas d'autres débiteurs alimentaires.

**1293.** Cette clarification des institutions doit permettre une meilleure compréhension par les conjoints et également une meilleure appropriation des conséquences de leur rupture qui se concrétisera par une incitation à la contractualisation plus marquée tout en étant encadrée et aidée par les avocats, les médiateurs, les notaires et, comme validateur final, le juge.

**1294.** Face au développement des unions parallèles au mariage, aux difficultés liées à l'absence d'encadrement de leur rupture et à leur similarité dans les faits avec l'union conjugale, il nous apparaît nécessaire aujourd'hui d'étendre certaines des institutions imaginées à ces couples, avec toutefois une limite pour l'obligation alimentaire.

## CONCLUSION GENERALE

**1295.** Depuis les années soixante, les sociétés françaises, canadiennes et québécoises et leur vision de la famille ont fortement évolué et obligé leur droit de la famille à s'adapter. Concernant plus particulièrement les règlements pécuniaires entre ex-conjoints, ces adaptations ont eu lieu au coup par coup, sans révision et coordination de l'ensemble des dispositions relatives à ces règlements. Cette évolution est intervenue dans les différents droits étudiés et ceci quelle que soit la nature de ces droits, *common law* ou *civil law*. C'est ainsi que le droit québécois a mis en place le patrimoine familial<sup>2282</sup> pour corriger les iniquités de la séparation de biens. Le législateur français<sup>2283</sup>, pour sa part, a créé une sous-catégorie de prestation compensatoire sous forme de rente afin de répondre aux besoins des ex-conjoints âgés ou malades dans le besoin et la Cour suprême canadienne, afin de répondre à la même nécessité a développé la notion de pension alimentaire « non compensatoire »<sup>2284</sup>.

**1296.** Différentes institutions avec des fondements différents, la faute, l'alimentaire, l'indemnitaire et l'équité, ont ainsi été adoptées : prestation compensatoire québécoise, pension alimentaire canadienne, prestation compensatoire française, dommages intérêts spécifiques au divorce français... Certaines prestations se sont vues octroyer plusieurs fondements (pension alimentaire canadienne « compensatoire », « non compensatoire » ou « contractuelle », prestation compensatoire française avec un fondement soit alimentaire soit indemnitaire soit les deux à la fois).

**1297.** Il est nécessaire aujourd'hui de repenser ces règlements et de proposer des institutions, nouvelles mais aussi inspirées de l'expérience passée, avec chacune un seul et unique fondement. Quatre nouvelles institutions peuvent alors être proposées :

1. Une obligation alimentaire qui interviendra dans les cas très limités où l'un des époux ne peut, au moment du divorce, en raison de son état de santé ou de son âge subvenir à ses besoins et lorsqu'il n'a pas d'autres débiteurs alimentaires.

---

<sup>2282</sup> *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55, dites « Loi 146 » ou « Projet de Loi 146 ».

<sup>2283</sup> *Loi n°2000-596 du 30 juin 2000 sur la prestation compensatoire en matière de divorce*.

<sup>2284</sup> *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 320.

Cette obligation sous forme de rente sera soumise au même régime qu'une obligation alimentaire de droit commun.

2. Une prestation compensatoire versée, en principe, sous forme de capital au moment du divorce et destinée à compenser les sacrifices professionnels faits par l'un des époux pendant le mariage et en particulier dans le cas où il a quitté son emploi, travaillé à temps partiel ou renoncé à effectuer une carrière professionnelle pour se consacrer à la famille. La mise en œuvre de tables de calcul pour cette prestation apparaît, de plus, fondamentale afin de pacifier sa mise en œuvre et de la faire mieux accepter par les ex-époux et des versements sur une période limitée pourront être envisagés en cas d'absence de capital.
3. Une indemnité pour la garde d'enfant lorsqu'à la suite du divorce l'un des époux a la garde des enfants.
4. Une indemnité pour enrichissement sans cause lorsque le travail domestique ou professionnel de l'un des conjoints a permis à l'autre de s'enrichir ou d'éviter de s'appauvrir pendant le mariage. Cette possibilité devra être ouverte quel que soit le régime matrimonial comme cela est le cas en droit québécois.

**1298.** Dans un objectif de pacification, mais également au regard des règles de la responsabilité de droit commun existant dans les pays étudiés qui permettent aux ex-conjoints d'agir sur le fondement de celles-ci, il nous paraît inutile de maintenir une responsabilité pour faute spécifique au divorce.

**1299.** Les régimes matrimoniaux ayant un rôle fondamental pour la détermination de la quotité de patrimoine qui sera octroyé à chacun des époux à la suite du divorce, la question d'un régime matrimonial adapté doit également être posée. En France, le régime de communauté n'est pas toujours le plus adapté et peut en particulier s'avérer problématique en cas de procédure collective d'un des conjoints, les biens communs pouvant être saisis par les créanciers de celui-ci<sup>2285</sup>. Au Québec, afin de répondre aux besoins des ex-femmes mariées

---

<sup>2285</sup> Voir Terré François et Simler Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011, n° 416, p. 321 et s.



sous le régime de séparation qui se trouvaient en état de précarité suite au divorce, le législateur a mis en place un régime matrimonial impératif, le patrimoine familial, qui pose désormais de nombreuses questions et amène des couples à refuser de se marier. La société québécoise a aujourd'hui évolué et il n'est pas certain qu'un tel régime obligatoire soit encore adapté. Le régime légal de la société d'acquêts est en effet désormais largement adopté au Québec et assure une protection suffisante aux époux. Il est, avec son cousin le régime de la participation aux acquêts, le régime matrimonial le plus adapté à la famille moderne, puisque tout en laissant aux époux la liberté dont ils ont besoin pendant le mariage, il reflète la communauté d'intérêts et de biens qui s'est créée tout au cours de l'union avec le partage des acquêts lors de sa dissolution. Rappelons aussi qu'il est le régime qui a été retenu par les législateurs français et allemands pour leur régime commun<sup>2286</sup>.

**1300.** Supprimer le régime matrimonial impératif qu'est le patrimoine familial au Québec, permettrait de redonner un rôle et une liberté aux époux, liberté qui est désormais un des fondements des sociétés individualistes occidentales. Cette autonomie des époux doit aussi se retrouver lors de la séparation et du divorce. Elle constitue, en effet, une des solutions pour s'assurer de l'adhésion des époux à leurs obligations post-divorce. La liberté des ex-époux s'accompagne de la mise en place de dispositifs d'aide à la décision et de pacification que sont la médiation ou le droit de la famille collaboratif. Le juge lui-même doit tout à la fois aider ces ex-conjoints à régler leur conflit et prononcer symboliquement le divorce afin de mieux marquer et faire accepter cette étape de la vie. L'accompagnement des médiateurs, avocats, notaires et des juges, tout en respectant la liberté et la volonté des époux, assure la protection de leurs intérêts ainsi que, par ricochet, ceux de leurs enfants. Cette dichotomie liberté – protection est essentielle dans un droit moderne du divorce et doit l'être plus généralement pour toute séparation.

**1301.** En effet, si la liberté est l'essence même des unions libres, la protection des partenaires lors de la dissolution de ces unions est encore loin d'être assurée. Elle fait toutefois de plus en plus fréquemment l'objet de discussion. En effet, au Québec en 2011, 1 391 550 personnes de plus de 15 ans vivaient en union libre contre 2 353 770 personnes mariées<sup>2287</sup> et, en 2012, 63 % des enfants sont nés de parents non mariés<sup>2288</sup>. En France on

---

<sup>2286</sup> Décret n° 2013-488 du 10 juin 2013, « Dispositions de l'accord franco-allemand instituant le régime optionnel de participation aux acquêts », *Dr. Fam. juillet* 2013, alerte n°41.

<sup>2287</sup> Voir Institut de la Statistique du Québec, <http://www.stat.gouv.qc.ca/>

comptait, en 2011, plus de 3 550 000 couples non mariés soit 22,6% des personnes vivant en couple<sup>2289</sup> et en 2010 plus de la moitié des naissances avaient lieu hors mariage<sup>2290</sup>. Face à cette croissance de ces unions et naissance hors mariage, il est essentiel de s'interroger sur la protection des ex-partenaires suite à la rupture de l'union libre et, par conséquent, de leurs enfants. Une extension des institutions proposées pour le divorce est envisageable et a d'ailleurs été évoquée dans la désormais célèbre affaire canadienne Lola<sup>2291</sup>. Si la Cour suprême a refusé d'étendre l'obligation alimentaire entre époux prévue dans le Code civil du Québec ainsi que les autres effets obligatoires du mariage prévus dans ce Code aux conjoints de fait, la question a été étudiée dans le cadre d'un groupe de travail de praticiens et universitaire québécois<sup>2292</sup>. L'extension de l'obligation alimentaire aux partenaires en union libre est loin d'être exclue, même si, contrairement aux autres institutions que nous proposons, elle est certainement celle qui serait la moins simple à mettre en œuvre et la moins adaptée et nécessiterait peut-être dans un premier temps qu'une telle obligation soit législativement institutionnalisée pendant la vie commune des concubins ou conjoints de fait.

**1302.** Le droit des règlements pécuniaires entre conjoints mariés et de fait doit donc aujourd'hui évoluer. Concernant les ex-époux, il est nécessaire que les institutions soient clarifiées et qu'une place plus grande soit accordée aux époux dans un objectif d'acceptation et de pacification. Cette évolution étant intervenue, une nouvelle étape se présentera avec la prise en compte des relations entre partenaires en union libre et leurs effets en cas de séparation. Aujourd'hui rien n'est prévu, mais le droit ne pourra plus ignorer longtemps la séparation de ces conjoints.

**1303.** Dans l'attente des évolutions proposées, et pour terminer notre propos, nous souhaiterions évoquer les solutions palliatives proposées par certains auteurs et responsables politiques. Dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle Léon Blum<sup>2293</sup> plaidait pour des unions libres, à l'essai, pour les hommes et, surtout, pour les femmes afin de s'assurer que les époux aient connu suffisamment d'expériences avant leur mariage et soient suffisamment mûres pour

---

<sup>2288</sup> Institut de la démographie au Québec, *Le bilan démographique au Québec, Edition 2013*, p. 42.

<sup>2289</sup> Buisson Guillemette et Lapinte Aude, « Le couple dans tous ses états – Non cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs... », *Insee Première* février 2013 n° 1435.

<sup>2290</sup> 54,9 % en 2010, voir [www.insee.fr](http://www.insee.fr)

<sup>2291</sup> *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5.

<sup>2292</sup> Voir la lettre adressée par M. Le Professeur Alain Roy au Ministre de la Justice le 12 septembre 2013, lettre publiée sur site du Ministère de la Justice du Québec, <http://www.justice.gouv.qc.ca>, dans la partie publications/rapports.

<sup>2293</sup> Blum Léon, *Du mariage*, Albin Michel, 1907.

cette union à durée indéterminée. Afin de pacifier le divorce, certains ont aussi proposé des mariages à l'essai, d'une durée limitée, afin de restreindre les conflits entre conjoints. De telles unions existent dans le droit musulman<sup>2294</sup>. Elles ont aussi été proposées par des responsables politiques européens. Ce fut en particulier le cas de la députée allemande Gabriele Pauli de la CSU qui souhaitait ainsi que soit adopté un mariage temporaire (« Ehe auf Zeit ») d'une durée de cinq ans<sup>2295</sup>. Une proposition similaire fut reprise au Mexique à l'automne 2011<sup>2296</sup>. Dans les deux cas, ces propositions n'aboutirent pas<sup>2297</sup>. Il est intéressant de constater que ces deux propositions ont été faites, d'une part, par une députée du parti chrétien démocrate allemand, et, d'autre part, dans un pays, le Mexique, très fortement marqué par la religion catholique. Instaurer de tels mariages éviterait en effet le divorce mais il remettrait certainement également en cause la valeur institutionnelle du mariage dans les pays occidentaux et en ferait un simple contrat à durée déterminée. De plus, nous ne sommes pas certains qu'ils amèneraient à une totale pacification de la séparation et que des rancœurs ne réapparaîtraient pas pour autant. Plutôt que de chercher à éviter tout conflit, il est nécessaire de l'affronter et de chercher comment le pacifier en faisant en sorte que l'avenir des ex-conjoints se construise de façon plus sereine. Tel a ainsi été l'objet de notre travail et de nos propositions.

---

<sup>2294</sup> Ce mariage temporaire est également appelé « metaat » au Liban, voir Gannagé Pierre, « Fascicule 2 : Liban – Mariage – Filiation », *Jurisclasseur Droit comparé*, Mise à jour 1er octobre 2009, n°3.

<sup>2295</sup> « Pauli fordert Ehe auf Zeit », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19.09.2007.

<sup>2296</sup> Couvelaire Louise, « Le Mexique invente le mariage à durée déterminée », *Le Monde*, 7 octobre 2011.

<sup>2297</sup> Voir pour le Mexique, les articles 140 et suivants du Code civil fédéral.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Ouvrages généraux : traités, manuels, cours

#### A. Canada, Québec

### B

**BEAUDOUIN Gérald A.**

*Le fédéralisme au Canada, Les institutions, Le partage des pouvoirs*, Ed. Wilson et Lafleur, 2000

**BEAUDOUIN Jean-Louis**

*Traité élémentaire de droit civil, la responsabilité délictuelle*, Ed. Presses de l'Université de Montréal, 1973

**BEAUDOUIN Jean-Louis et JOBIN Gabriel**

*Les obligations*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2006

**BEAUDOUIN Jean-Louis et DESLAURIERS Patrice**

*La responsabilité civile*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2007

**BELANGER-HARDY Louise et GRENON Aline**

*Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Ed. Carswell, 1997

**BOYD JP**

*JP Boyd on Family Law*, May 2013, Clicklaw Wikibooks

### C

**CAPARROS Ernest**

*Les régimes matrimoniaux au Québec*, Ed. Wilson et Lafleur Ltée, 1979

*Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 1988

**CASTELLI Mireille D. et GOUBAU Dominique**

*Le droit de la famille au Québec*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2005

**CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVE ET EN DROIT COMPARE DU QUEBEC**

*Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Ed. Yvon Blais, 2003

**COLLECTIF**

*Collection de droit 2014 – 2015, Volume 3 – Famille, personnes et successions*, 2014

**COLLECTIF**

*Collection de droit 2012 – 2013, Droit pénal : infractions, moyens de défense et peine – Titre I – Les infractions*, 2012

**COLLECTIF**

*Dictionnaire de droit privé et de lexique bilingue, Les obligations*, Ed. Yvon Blais, 2003

**COLLECTIF**

*Jurisclasseur Personnes et Famille*, Ed. Lexisnexis Canada, 2012

**COMTOIS Roger**

*Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Ed. Recueil de droit et de jurisprudence, Montréal, 1964

## D

### **DAGENAIS Daniel**

*La fin de la famille moderne, Significations des transformations contemporaines de la famille*, Ed. Presses de l'Université Laval, 2000

### **DELEURY Edith et GOUBAU Dominique**

*Le droit des personnes physiques*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2008

## H

### **HOVIUS Berend et YOUDON Timothy G.**

*The Law of Family Property*, Ed. Carswell, 1991

## K

### **KARIM Vincent**

*Les obligations, vol. 1*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Wilson et Lafleur, 2009

## L

### **LAFOND Pierre-Claude**

*Précis de droit des biens*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2007

### **LANDAU Barbara, WOLFSON Lorne et LANDAU Niki**

*Family Mediation, Arbitration and Collaborative Practice Book*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexis Nexis, 2012

### **LANGEVIN Louise, DES ROSIERS Nathalie et NADEAU Marie-Pier**

*L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2012

### **LEFRANCOIS Guy et ROY Alain**

*La famille, Extraits du répertoire du droit/Nouvelle série*, Ed. Yvon Blais, 2000

## M

### **MCLEOD James G. et MAMO Alfred A.**

*Annual Review of Family Law*, Ed. Thomson Carswell, 2007

*Annual Review of Family Law*, Ed. Thomson Carswell, 2002

### **MIGNAULT P.-B.**

*Le droit civil canadien, Tome 6 contenant le titre des obligations, le chapitre de la preuve, et le titre des conventions matrimoniales et de l'effet du mariage sur les biens des époux*, Ed. C. Théoret, 1902

## N

**NADEAU André**

*Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Ed. Wilson et Lafleur, 1971

**NORMAND Sylvain**

*Introduction au droit des biens*, Ed. Wilson et Lafleur, 2014

## O

**OUELLETTE Monique**

*Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 1995

## P

**PAYNE Julien D.**

*The Law & Practice Relating to Divorce and Other Matrimonial Causes in Canada*, Ed. Burroughs and Carswell, 1964

**PAYNE Julien D. et PAYNE Marilyn A.**

*Canadian Family Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Irwin Law, 2011

**PINEAU Jean**

*La famille*, Ed. Les presses de l'Université de Montréal, 1972

*Mariage, séparation, divorce, l'état du droit au Québec*, Ed. P.U.L., 1976

*Droit applicable au lendemain de la loi « 89 »*, Ed. Les presses de l'Université de Montréal, 1983

**PINEAU Jean et BURMAN Danielle**

*Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Ed. Thémis, 1984

**PINEAU Jean et PRATTE Marie**

*La famille*, Ed. Thémis, 2006

**PINEAU Jean, BURMAN Danielle et GAUDET Serge**

*Théorie des obligations*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2004

**POIRIER Donald et DEBRUCHE Anne-Françoise**

*Introduction générale à la common law*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2005

## R

**ROY François**

*La famille*, Extraits du répertoire de droit/Nouvelle série, Ed. Yvon Blais, 2000

## S

**SENECAL Jean-Pierre**

*Droit de la famille québécois*, Ed. Farnham, édition mise à jour

**STUART et DELISLE**

*Learning Canadian Criminal Law*, 6<sup>ème</sup> édition, Edition étudiante, Ed. Carswell, 1997

## T

**TETRAULT Michel**

*Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Yvon Blais, 2003

*Droit de la famille*, Ed. Yvon Blais, 2005

*Le litige familial, la déontologie et l'éthique*, Ed. Yvon Blais, 2006

*Droit de la famille, Volume 4, La procédure, la preuve et la déontologie*, Ed. Yvon Blais, 2010

**TREMBLAY André**

*Droit constitutionnel, Principes*, Montréal, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2000

**TRUDEL Gérard**

*Traité de droit civil du Québec, Tome 1*, Ed. Wilson et Lafleur, 1942

**V**

**VALOIS Jocelyne**

*Sociologie de la famille au Québec*, Ed. CEC Inc., 1998

**W**

**WILTON Ann C. et SEMPLE Noel**

*Spousal Support in Canada*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Carswell, 2013

**WILTON Ann et JOSEPH Gary**

*Family Law Arbitration in Canada*, Ed. Carswell, 2012

**B. France**

**A**

**ASSOCIATION CAPITANT**

*Vocabulaire juridique*, Ed. PUF, 2011

**AUBRY et RAU**

*Cours de droit civil français, t. IV*, Imprimerie et librairie générales de jurisprudence, Marchal, Billard et C<sup>o</sup>, 1873

*Droit civil français, t. VIII*, 7<sup>ème</sup> édition par Esmein et Ponsard, 1973

**B**

**BATTEUR Annick**

*Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2013

**BENABENT Alain**

*Droit civil, la famille*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003

*Droit de la famille*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2014

*Droit civil, les obligations*, 13<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2012

**BORGETTO Michel et LAFORE Robert**

*Droit de l'aide et de l'action sociale*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2012

**BOULANGER François**

*Droit civil de la famille, Tome 1, Aspects comparatifs et internationaux*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Economica, 1997

## C

**CABRILLAC Rémy**

*Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 8<sup>ème</sup> édition, 2013, Ed. Montchrestien

**CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y.**

*Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2007

**CARBONNIER Jean**

*Droit civil 2/ La famille, les Incapacités*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Presses Universitaires de France, 1969

*Droit civil, Tome 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Thémis, 2002

**COLLECTIF sous la direction de Serge Guinchard et Thierry Debard**

*Lexique des termes juridiques 2014*, 21<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013

**COLLECTIF sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI**

*Droit de la Famille*, Ed. Dalloz, Collection Dalloz Action, 2001/2002, Ed. Dalloz

**COLOMER André**

*Droit civil, Régimes matrimoniaux*, 12<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2004

**CORNU Gérard**

*Cours de droit civil approfondi, La réforme du divorce (étude de la loi du 11 juillet 1975)*, Ed. les Cours du Droit, 1975

*Les régimes matrimoniaux*, Collection Thémis, Ed. PUF, 1997

*La famille*, 9<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2006

**COZIAN Maurice, VIANDIER Alain et DEBOISSY Florence**

*Droit des sociétés*, 25<sup>ème</sup> édition, Ed. Lexisnexis, 2012

**CUNIBERTI Gilles**

*Grands systèmes de droit contemporains*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. L.G.D.J., 2011

## D

**DAVID René**

*Le droit comparé – Droits d'hier, droits de demain*, Ed. Economica, 1982

**DAVID René et JAUFFRET-SPINOSI Camille**

*Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz 2002

**DECHAUX Jean-Hugues**

*Sociologie de la famille*, Ed. La Découverte, 2009

**DEMOLOMBE C.**

*Cours de Code civil*, Tome XV, Ed. Stienon, 1882, n°48

**DE SINGLY François**

*Sociologie de la famille contemporaine*, Sociologie 128, Ed. Nathan Université, 1993

*Les uns et les autres. Quand l'individualisme crée le lien*, Ed. Armand Colin, 2003

*Sociologie de la famille contemporaine*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2010

**DONNIER Marc et DONNIER Jean-Baptiste**



*Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Litec, 2003

## E

**EUDIER Frédéric**

*Droit de la famille*, Ed. Armand Colin, Collection Compact, 2003

## F

**FERRAND Frédéric**

*Droit privé allemand*, Ed. Dalloz, 1997

**FLOUR Jacques et CHAMPENOIS Gérard**

*Les régimes matrimoniaux*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2001

**FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric**

*Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2011

## G

**GAMBARO Antonio, SACCO Rodolfo et VOGEL Louis**

*Les droits de l'occident et d'ailleurs*, Ed. L.G.D.J., 2011

**COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline**

*Droit de la famille*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Sirey, 2013

**GUEVEL Didier**

*Successions, libéralités*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, Collection Compact, 2004

**GUINCHARD Serge et MOUSSA Tony (sous la direction de)**

*Droit et pratique des voies d'exécution 2013-2014*, Collection Dalloz Action, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2012

## H

**HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle**

*Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1993

## J

**JUBAULT Christian**

*Les successions, Les libéralités*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 2010

**JULIEN Pierre et TAORMINA Gilles**

*Voies d'exécution et procédures de distribution*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. L.G.D.J., 2010

## L

**LABBEE Xavier**

*Le droit commun du couple*, Ed. Septentrion, 2012

**LACOURSE Marie-Thérèse**

*Famille et société*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Chenelière Education, 2004

**LAITHIER Yves-Marie**

*Droit comparé*, Ed. Dalloz, 2009

**LAURENT F.**

*Principes de droit civil, Tome XX*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Bruylant, 1876

**LEFEBVRE-TEILLARD Anne**

*Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Ed. Presses Universitaires de France, 1996

**LEVENEUR Laurent**

*Leçons de droit civil, La famille*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Montchrestien, 1995

**LEVY Philippe et CASTALDO André**

*Histoire du droit civil*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2010

**LOCRE**

*La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Tome XIII, Code civil, Livre III, Commentaires et compléments des Codes français*, Editions Treuttel et Wützig, 1828

## M

**MALAURIE Philippe et FULCHIRON Hugues**

*La famille*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011

**MALAURIE Philippe et MORVAN Patrick**

*Introduction générale*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2005

**MALAURIE Philippe et AYNES Laurent**

*Les régimes matrimoniaux*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013

**MALAURIE Philippe, AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe**

*Les obligations*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2011

**MALAURIE Philippe et AYNES Laurent**

*Les biens*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Defrénois, 2013

**MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre**

*Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Ed. Sirey, 1978

**MERLE Philippe**

*Droit commercial, Sociétés Commerciales*, 16<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2013

## P

**PLANIOL**

*Traité élémentaire de droit civil, Tome II*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 1921

**PLANIOL et RIPERT**

*Traité pratique de droit civil français, t. VIII, Les régimes matrimoniaux*, Ed. LGDJ, 1957

**POTHIER**

*Œuvres complètes, Tome 11, Traité de la Communauté, Tome 1*, Ed. Thomine et Fortic

**PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel**

*Droit pénal spécial, droit commun - droit des affaires*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Cujas, 2010

## R

**RASSAT Marie-Laure**

*Droit pénal spécial, Infractions du Code pénal*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011

**RIPERT Georges et ROBLOT Robert**

*Traité de droit commercial, Tome 1, Volume 2, Les sociétés commerciales*, sous la direction de Germain Michel, 18<sup>ème</sup> édition, Ed. LGDJ, 2002

**ROUAST André**

*Traité pratique de droit civil français, Tome II, La famille*, Planiol Marcel et Ripert Georges, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952

## S

**SEGALEN Martine**

*Sociologie de la famille*, Ed. Armand Colin, 2000

*Sociologie de la famille*, 6<sup>ème</sup> édition, Ed. Armand Colin, 2008

**STRICKLER Yves**

*Les Biens*, Ed. PUF, 2006

## T

**TERRE François et FENOUILLET Dominique**

*Droit civil – La famille*, 8<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2011

**TERRE François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves**

*Droit civil – Les obligations*, 11<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz 2013

**TERRE François et SIMLER Philippe**

*Les régimes matrimoniaux*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Dalloz, 2015

### C. Autres droits

## B

**BRAY Judith**

*A student's guide to Equity & Trust*, Ed. Cambridge University Press, 2012

## F

**FINKE Franz-Josef**

*Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Band IV, 1. Teil, §§ 1297-1563*, Ed. Walter de Gruyter, 1984

**FRENTZEN Heike**

*Zugewinnngemeinschaft und participations aux acquêts – Ein Vergleich*, Bonn Universität, 1993

## H

**HALLIWELL Margaret**

*Equity and Trusts*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Old Bailey Press, 2000

**HOVIUS Berend et YUDON Timothy G.**

*The Law of Family Property*, Ed. Carswell, 1991

## K

**KLIPPERT George**

*Unjust Enrichment*, Ed. Butterworths, 1984

## M

**MOFFAT Graham**

*Trusts Law*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 1999

*Trusts Law*, 4<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 2006

## P

**PEARCE Robert et STEVENS John**

*The Law of trusts and equitable obligations*, Ed. Oxford University Press, 2006

**PENNER J.E.**

*The Law of Trusts*, 7<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford, 2010

**PENNER J.E. et PADFIELD Nicola**

*The Law of Trusts*, 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Butterworths, 2002

**PETTIT Philip H.**

*Equity and the law of trust*, Ed. Oxford University Press, 2006

**POSNER Richard A.**

*Economic Analysis of Law*, Ed. Little, Brown and Company, 1972

## S

**SCHWAB Dieter**

*Familienrecht*, 22<sup>ème</sup> édition, Ed. C.H. Beck, 2014

## W

**WATT Gary**

*Trust and Equity*, 5<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford, 2012

## Z

**ZWEIGERT Konrad et KOETZ Hein**

*An introduction to comparative law*, Ed. Clarendon Press Oxford Université Press, 1998

## II. Ouvrages spéciaux : monographies, thèses, autres travaux

### A. Canada, Québec

#### B

##### **BARREAU DU QUÉBEC**

*Mémoire de la sous-commission du Barreau du Québec sur le droit de la famille présenté au Comité permanent de la justice et des questions légales de la Chambre des Communes le 12 juin 1985 sur le Projet de Loi C-47 (Loi sur le Divorce), juin 1985*

*Rapport sur le partage des biens familiaux en mariage, mai 1987*

*Mémoire du Barreau du Québec, sur la Loi instituant l'union civile des personnes de même sexe et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, janvier 2002*

##### **BELLEAU Hélène**

*Enquête qualitative sur les représentations de la conjugalité au Québec, INRS 2008*

##### **BOUCHARD Charlaine**

*La personnalité morale démythifiée, Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises, Ed. PUL, 1997*

##### **BRODEUR Johanne**

*Projet de loi C-560 – Loi modifiant la Loi sur le divorce (partage égal du rôle parental) et d'autres lois en conséquence, Lettre envoyée à Monsieur Maurice Vellacott, Député de Saskatoon, le 28 avril 2014*

##### **BURMAN Danielle et PINEAU Jean**

*Le patrimoine familial (projet de Loi 146), Ed. Thémis 1991*

#### C

##### **CAPARROS Ernest et MORISSET Robert**

*Réflexions sur le rapport du comité des régimes matrimoniaux : mémoire soumis à l'Office de révision du Code civil, Québec, 1967*

##### **CHAGNON Pierre**

*Lettre envoyée au député Maurice Vellacott sur le projet de loi C-422 modifiant la loi sur le divorce (partage égal du temps parental) et d'autres lois en conséquence, 15 juillet 2009*

##### **COLLECTIF**

*Femmes au Canada, 5<sup>ème</sup> édition, Rapport statistique fondé sur le sexe, Statistique Canada, Ministère de l'Industrie, 2006*

*Femmes au Canada : rapport statistique fondé sur le sexe, Statistiques Canada, 2011*

##### **COLLECTIF CLIO**

*L'histoire des femmes au Québec depuis quatre siècles, Ed. Le jour, 1992*

##### **COMITE CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, présidé par Alain ROY**

*Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales, Ministère de la Justice, 2015*

##### **COMMISSION DU DROIT DU CANADA**

*Au-delà de la conjugalité, La reconnaissance et le soutien des rapports de nature personnelle entre adultes, 2001*

**COMMISSION DE L'ETHIQUE, DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE**

*Avis Ethique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestion pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Gouvernement du Québec, 2009

**CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE**

*L'engagement des pères : le rapport 2007-2008 sur la situation et les besoins des familles et des enfants*, septembre 2008

**CONSEIL DU STATUT DU DROIT DE LA FEMME**

*Mémoire présenté à la commission parlementaire sur la réforme du droit de la famille*, Gouvernement du Québec, Québec, 20 février 1979

**CUMYN Michèle**

*La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2003

**D**

**DES ROSIERS Nathalie et LANGEVIN Louise**

*L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, Yvon Blais, 1998

**DOUGLAS Kristen**

*L'application des dispositions de la Loi sur le Divorce aux pensions alimentaires : une nouvelle orientation*, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, mai 1991

**DUMONT Micheline et TOUPIN Louise**

*La pensée féministe au Québec, Anthologie [1900-1985]*, Les éditions du remue-ménage, 2003

**E**

**EGALE**

*Mémoire sur l'avant-projet de loi instituant l'union civile des couples de même sexe présenté à la commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec*

**I**

**INSTITUT DE LA DEMOGRAPHIE AU QUEBEC**

*Le bilan démographique au Québec, Edition 2013*, Décembre 2013

*Le bilan démographique au Québec, Edition 2014*, Décembre 2014

**J**

**JARRY Jocelyne**

*Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Ed. Yvon Blais, 2008

**JURISTAT**

*La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2013*, Ed. Statistique Canada, 2015

**L**

**LAMBERT Danielle et BERUBE Linda**  
*La médiation familiale – Etape par étape*, CCH, 2009

**LAROCHE Ghislain**  
*Les pensions alimentaires*, 2<sup>ème</sup> édition, Modulo Editeur, 1997

**LAVIOLETTE Nicole et AUDET Julie**  
*L'essentiel du droit de la famille dans les provinces et territoires de common law au Canada*, Ed. Yvon Blais, 2014

**LIGHTMAN Ernie**  
*Social Policy in Canada*, Ed. Oxford Press, 2003

## M

**MACFARLANE Julie**  
*Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative*, Ministère de la Justice Canada, 2005

**MARCEAU Louis**  
*De l'admissibilité des contrats entre époux dans le droit privé de la Province de Québec*, Ed. Wilson et Lafleur, 1960

**MARCIL-GRATTON Nicole et LE BOURDAIS Céline**  
*Résultats tirés de l'Enquête longitudinale nationale sur les enfants et les jeunes, Partie 2*, trouvée sur [http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/anlsc/part\\_two\\_01.html](http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/pad/reports/anlsc/part_two_01.html)

**MARY BESS Kelly**  
*Les causes de divorce traitées par les tribunaux civils en 2010-2011*, Statistique Canada, Juristat

**MARX Hebert et GAGNON-TREMBLAY Monique**  
*Les droits économiques des conjoints*, Ministère de la Justice et Secrétariat à la condition féminine, 1988

**MAYRAND Albert**  
*Des quasi-contrats et de l'action de in rem verso*, Montréal, 1959

**MINISTERE DE LA JUSTICE DU CANADA**  
*Spousal Support Advisory Guidelines : A New and Improved User's Guide*, Mars 2010

**MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITE SOCIALE**  
*Le rapport de la ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale sur l'application de certaines dispositions de la Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, Gouvernement du Québec, 2005

## O

**OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL**  
*Rapport sur les régimes matrimoniaux*, Montréal, 1968

## R

**ROGERSON Carol**

*Elaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux : amorce de discussion*, Ministère de la Justice Canada, décembre 2002

**ROGERSON Carol et THOMPSON Rollie**

*Lignes directrice facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Ebauche d'une proposition*, Ministère de la Justice Canada, janvier 2005

*Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux*, Ministère de la Justice du Canada, juillet 2008

**ROY Alain**

*Le contrat de mariage réinventé, Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Ed. Thémis, 2002

*L'évolution de la politique législative de l'union de fait au Québec : analyse de l'approche autonomiste du législateur québécois sous l'éclairage du droit comparé – Rapport soumis à Me Benoît Belleau*, Montréal, Faculté de droit de l'Université de Montréal, 30 juin 2008

*Lettre adressée au Ministre de la Justice*, 12 septembre 2013, publiée sur site du Ministère de la Justice du Québec, <http://www.justice.gouv.qc.ca>

**S**

**SENECAL Jean-Pierre**

*Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de Loi 146*, Ed. Wilson et Lafleur, 1989

**STATISTIQUES CANADA**

*Canada year book 2001*

**T**

**TREBILCOCK Michael J.**

*The limits of Freedom of Contract*, Ed. Harvard University Press, 1993, p. 43

**TREMBLAY Diane-Gabrielle**

*Conciliation emploi-famille et temps sociaux*, Ed. Presses de l'Université du Québec, 2012

**V**

**VANDELAC Louise**

*Production Domestique, Document n°1, Document Synthèse*, Gouvernement du Québec, conseil du statut de la femme, 1983

**B. France**

**A**

**ANTIPPAS J., BIDAUD-GARON C., BERNAND Y., de BOYSSON B., JANNOT J., MOLIÈRE A., PANET A. et TETARD S.**

*Etude de jurisprudence chiffrée relative à la prestation compensatoire, Cour d'appel de Lyon du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2012*, Centre de droit de la famille, 2013

**B**



**BABU Annie et BONNURE-AUFIERE Pierrette**

*Guide la médiation familiale*, Ed. Erès, 2006

**BARREAU DE LILLE**

*Rapport dénonçant la réforme du divorce de M. Colcombet*, trouvé sur [http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse\\_et\\_proposition.pdf](http://www.avocats-lille.com/Nvx-Analyse_et_proposition.pdf)

**BASSET Christiane**

*L'obligation alimentaire : des formes de solidarités à réinventer*, Avis et rapports du Conseil économique et social, 2008

**BASTARD Benoit**

*Les démarieurs, Enquêtes sur les nouvelles pratiques du divorce*, Ed. La Découverte, 2002

**BELMOKHTAR Zakia**

*Les divorces en 1996, une analyse des jugements prononcés*, Etudes et statistiques justice 14, Ministère de la Justice, 1999

**BERDEAUX-CACOGNE F.**

*L'affectio copulae*, Thèse Université Paris X, 2007

**BIHR Alain et PFEFFERKORN Roland**

*Hommes Femmes Quelle égalité ?* Les éditions de l'Atelier, 2002

**BLUM Léon**

*Du mariage*, Albin Michel, 1907

**BOCCARA David**

*Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law*, Thèse, Lyon, 1993

**BOURREAU-DUBUIS Cécile, DEFFAINS Bruno, DORIAT-DUBIAN Myriam, JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane, JEANDIDIER Bruno, KHELIFI Ouarda, LANGLAIS Eric, RAY Jean-Claude**

*Les obligations alimentaires vis-à-vis des enfants de parents divorcés : une analyse économique au service du droit*, Note de Synthèse, Rapport de recherche pour le compte du GIP « Mission recherche droit et justice », décembre 2003

## C

**CARBONNIER Jan**

*Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Bordeaux, Imprimerie de l'Université, 1932

**CARDIA-VONECHE Laura et BASTARD Benoit**

*Les femmes, le divorce et l'argent*, Ed. Labor & Fides, 1991

**COLLECTIF**

*Les violences conjugales en France : une enquête nationale*, collections « droits des femmes », la documentation française, 2003

**COLLECTIF**

*Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, Ed. Litec, 2002

**COLLECTIF**

Rapport du groupe de travail « Médiation familiale et contrat de co-parentalité » mis en place par Dominique Bertinotti le 21 octobre 2013, avril 2014

**COLLECTIF SOUS LA DIRECTION DE CHASSAGNARD-PINET Sandrine et HIEZ David**

*Approche critique de la contractualisation*, Ed. LG.D.J., 2007

*Approche renouvelée de la contractualisation*, Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

**COLLECTIF SOUS LA DIRECTION DE FENOUILLET Dominique et VAREILLES-SOMMIERES Bernard**

*La contractualisation de la famille*, Ed. Economica, 2001

**COLLECTIF SOUS LA DIRECTION DE HAUSER Jean**

*Le projet de pacte d'intérêt commun, Mission de recherche droit et justice, Groupe de réflexions : conséquences financières de la séparation des couples*, Ministère de la Justice, La documentation française, 1998

**COLLOQUE**

*La communauté de biens entre époux : bilan critique*, colloque organisé par l'institut de recherche de Droit des Affaires (IRDA) de l'Université Paris 13, 27 novembre 2008, Grand' Chambre de la Cour de cassation, publié au *JCP N.* 2009 n°22 du 29 mai 2009

**COMMISSION DE REFORME DU CODE CIVIL**

*Travaux de la commission de réforme du Code civil, Année 1949-1950*, Sirey

**COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA**

*Obligation de soutien à la suite du divorce*, Rapport n°12, 1976

**COMMISSION SUR L'EQUITE SALARIALE**

*Plan stratégique 2009-2014*

**COMMISSION SUR LA REPARTITION DES CONTENTIEUX PRESIDEE PAR LE PROFESSEUR GUINCHARD**

*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, Collection des rapports officiels, 2008

**CONSEIL D'ETAT**

*Aide sociale, obligation alimentaire et patrimoine*, Collection Les études du Conseil d'Etat, La documentation française, 1999

**CONSEIL DU STATUT DE LA FEMME**

*Le partage des biens familiaux en cas de divorce, un avis soumis à la ministre déléguée à la condition féminine, madame Monique Gagnon-Tremblay*, 1986, Ed. du Conseil du statut de la femme

**D**

**DAGUET Fabienne**

« Mariage, divorce et union libre », *Insee Première*, n°482, août 1996

**DAVID Stéphane**

*La prestation compensatoire*, Thèse dactylographiée, Université Paris XII, Val de Marne, 2001

**DEFENSEURE DES ENFANTS**

*Enfants au coeur des séparations parentales conflictuelles*, Novembre 2008

**DEKEUWER-DESFOSSÉZ Françoise**

*L'égalité des sexes*, Dalloz, 1998

*Réformer le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, Ed. Odile Jacob

**DELMAS-GOYON Pierre**

« *Le juge au XXIème siècle* » – *Un citoyen acteur, un équipe de justice*, Rapport rendu à la Ministre de la Justice, décembre 2013

**DOCUMENTATION FRANÇAISE**

*Femmes-hommes – Des inégalités à l'égalité ?*, Revue Problèmes politiques et sociaux, Ed. La documentation française, n°968, janvier 2010

**DUARD-BERTON Christine**

*L'ordre public dans le droit de la famille*, Thèse dactylographiée, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2004

**DUTOIT Bernard, ARN Raphaël, SFONDYLIA Beatrice et TAMINELLI BISCHOF Camille**

*Le divorce en droit comparé, Volume 1 : Europe*, Ed. Librairie Droz, 2000

**DUTOIT Bernard et CHETAİL Vincent**

*Le divorce en droit comparé, Volume 2 : Amérique du Nord*, Ed. Librairie Droz, 2002

**DUTOIT Bernard, ARN Raphaël, BERNIQUET GAJIC Nathalie et CHETAİL Vincent**

*Le divorce en droit comparé, Volume 3 : Amérique Latine*, Ed. Librairie Droz, 2003

**E**

**EGEA Vincent**

*La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, 2010, Ed. Defrénois

**F**

**FERRAND Michèle**

*Féminin Masculin*, Ed. La découverte, collection Repères, 2004

**FLORIOT René**

*La réforme du divorce*, Flammarion, 1975

**FRAGONARD Bertrand, LE HOT Elisabeth, LEPRINCE Frédérique, BONNEVIDE Pascale**

*Les aides aux familles*, Avril 2013

**G**

**GABORIAU Bertrand**

*L'obligation alimentaire*, Thèse dactylographiée, Lille, 2003

**GROSLIERE Jean-Claude**

*La réforme du divorce, Loi du 11 juillet 1975 et décret d'application du 5 décembre 1975*, Ed. Sirey, 1976

**GROUPE DE TRAVAIL PRESIDE PAR FRANCOISE DEKEUWER DESFOSSÉZ**

*Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aspirations de notre temps*, septembre 1999

**GUYOT Claude et JEANSON Georges**

*Prestations compensatoires, Première application de la Loi du 30 juin 2000*, Ed. Dalloz, 2002

## H

**HERITIER Françoise**

*Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Ed. Odile Jacob, 1996

**HIMMI-MEHRABI Myriam**

*La dédramatisation du divorce dans la législation contemporaine, Thèse dactylographiée*, Université Paris II, 2006

## I

**INSEE**

*France, portrait social 1999-2000*, INSEE

*Femmes et Hommes, Regards sur la parité*, INSEE, 2004

*Femmes et hommes - Regards sur la parité*, Edition 2012, INSEE

**IZARN Nathalie**

*Conventions entre époux et divorce*, Thèse dactylographiée, Toulon, 2000

## J

**JULIEN Pierre**

*Les contrats entre époux*, Ed. LGDJ, 1962.

## K

**KAUFMANN Jean-Claude**

*La trame conjugale, analyse du couple par son linge*, Ed. Pocket, 1992

**KELLERHALS Jean, WIDMER Eric et LEVY René**

*Mesure et démesure du couple, Cohésion, crises et résilience dans la vie des couples*, Ed. Payot, 2004

## L

**LABBEE Xavier**

*Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, Ed. Septentrion, 1996

**LECUYER Hervé**

*Droit de la famille, Hors-série, Le couple en 200 décisions*, Ed. Jurisclasseur, novembre 2001

**LELEU Yves-Henri**

*Les collaborations économiques au sein des couples séparatistes – Pour un indemnisation des dommages collaboratifs envers et contre tous choix, Conférences Roger Comtois, Ed. Thémis, 2014*

**LEMENNICIER Bertrand**

*Le marché du mariage et de la famille, Collection Libre échange, Ed. PUF, 1988*

**LENSEL Denis et LAFOND Jacques**

*La famille à venir, une réalité menacée mais nécessaire, Préface Jean Foyer, Ed. Economica, 2000, p. 27 et s*

**LEONETTI Jean**

*Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers, Ed. La Documentation française, 2009*

**LETELLIER Hugues**

*Les contrats pré-nuptiaux – Accords financiers pour la vie commune et la séparation, Formule d'actes d'avocats, Ed. Lexis Nexis 2011*

**M**

**MAGENDIE Jean-Claude**

*Célérité et qualité de la justice – La médiation : une autre voie, La Documentation française, octobre 2008*

**MECARY Caroline et LEROY-FORGEOT Flora**

*Le PACS, collection que sais-je ?, Ed. PUF, 2001*

**MEDA Dominique**

*Le temps des femmes, pour un nouveau partage des rôles, nouvelle édition, Ed. Champs actuel, 2008*

**MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse**

*La personne, la famille et le droit, 1968-1998, trois décennies de mutation en occident, Ed. Bruylant, L.G.D.J., 1999*

**MINISTERE DE L'EMPLOI**

*Chiffres-clés 2009 – L'égalité entre les femmes et les hommes*

**MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES, DE LA SANTE ET DES DROITS DES FEMMES**

*Vers l'égalité entre les femmes et des hommes, Chiffres clés – Edition 2015*

**N**

**NIBOYET Frédérique**

*L'ordre public matrimonial, Ed. LGDJ, 2008*

**P**

**PELISSIER Jean**

*Les obligations alimentaires, Unité ou diversité, Ed. LGDJ, 1961*

**PHILIPPE Catherine**

*Le devoir de secours et d'assistance entre époux, Essai sur l'entraide conjugale*, Ed. LGDJ, 1981

## R

### **REFORME DU DIVORCE**

*Loi du 26 mai 2004, Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales*, Collection Dossiers pratiques, Ed. Francis Lefebvre, 2004

### **ROLAND René-Miguel**

*Le couple et l'artifice*, Ed. L'Hermès, 2000

### **RIOT-SARCEY Michèle**

*Histoire du féminisme*, Ed. La découverte, collection Repères, 2002

### **RIPERT Georges**

*La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ

### **RUFFIEUX Gaëlle**

*Les sanctions des obligations familiales*, Ed. Dalloz, 2014

## S

### **SAYN Isabelle**

*Un barème pour les pensions alimentaires ? La documentation française*, 2002

### **SAYN Isabelle, JEANDIDIER Bruno et BOURREAU-DUBOIS Cécile**

*La fixation du montant des pensions alimentaires : des pratiques et un barème*, Infostat Justice, Mars 2012, n° 116

### **SERRURIER Catherine**

*Ces femmes qui en font trop...*, Editions de la Martinière, 2002

### **SPITERI Pierre**

*L'égalité des époux dans le régime matrimonial (Etude de réforme législative)*, Ed. LGDJ, 1965

### **STANDARD & POOR'S**

*Les départements français : un système financier à réinventer*, 19 avril 2010

## T

### **THERY Irène**

*Le démariage, justice et vie privée*, Ed. Odile Jacob, 1996

## C. Autres droits

## A

### **AMERICAN LAW INSTITUTE**

*Principles of the Law of Family Dissolution : Analysis and Recommendations*, Ed. LexisNexis, 2002

## B

**BOELE-WOELKI Katharina, FERRAND Frédérique, ONZALES BEILFUSS Cristina, JANTERA –JAREBORG Maarit, LOWE Nigel, MARTINY Dieter et PINTENS Walter**  
*Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Ed. CEFL, 2004  
*Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Ed. Intersentia, 2013

## G

**GREVILLE HANBURY Harold**  
*Essays in equity*, Ed. Scientia Verlag Aalen, 1977

## M

**MATSUKAWA Tadaki**  
*La famille et le droit au Japon*, Ed. Economica, 1991

## O

**ODA Iroshi**  
*Japanese Law*, 2<sup>ème</sup> édition, Ed. Oxford University Press, 1999

## W

**WEITZMAN Lenore J.**  
*The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, Ed. Free Press, 1985

### III. Articles, chroniques, dossiers

#### A. Canada, Québec

## A

**ANFOUSSE Suzanne**  
« Le partage d'un régime de retraite lors d'une séparation de corps ou d'un divorce », (1990) 50 *R. du B.* 1049  
« Etat de la jurisprudence sur la prestation compensatoire », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, *F.P.B.Q.*, 1991, page 323  
« Convention entre époux, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Miglin c. Miglin* et les autres », dans les *Développements récents en droit familial*, Formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2004, p. 291

**APRIL Johanne**

« Pension alimentaire pour époux : quel est ton signe ? », dans *Développements récents en droit familial*, 2009, Service de la Formation continue du Barreau du Québec, EYB2009DEV1573

**ARMSTRONG Marie-Claude, BRISSON Julie et BONNAVE Laure**

« La fiducie en droit familial : à l’abri de qui et de quoi », dans *Développement récents en droit familial* 2013, p. 369

**AUGER Jacques**

« La Loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », [1981] *C.P. du N.* 33

« Le sort des donations entre époux lors d’un divorce ou d’un décès », dans *Développements récents en droit familial*, 1999, Les Editions Yvon Blais, p. 21

## B

**BAILEY Martha**

« Mariage à la carte : A Comment on *Hartshorne v. Hartshorne* », (2004) 20 *Rev. Can. D. Fam.* 249

**BALA Nicholas et JAREMKO BROMWICH Rebecca**

« Context and Inclusivity in Canada’s Evolving Definition of the Family », (2002) 2 *International Journal of Law, Policy and the Family* 145

**BEAUDOUIN Gérald A.**

« De la répartition des compétences législatives au Canada en matière de mariage et de divorce », (1973) 4 *R.G.D.* 66

**BEAUDOUIN Jean-Louis**

« A propos de la réforme des régimes matrimoniaux en droit québécois », dans *Lois Nouvelles II, La réforme des régimes matrimoniaux, L’obligation alimentaire entre époux séparés de ou divorcés, la copropriété des immeubles*, Les Presses de l’Université de Montréal, 1970, p. 10

**BEHRENDT Jeffrey**

« No Double Dipping », [2002-2003] 27 (3) *L.Now.* 14

**BELLEAU Marie-Claire**

« La médiation familiale au Québec : une approche volontaire, globale, interdisciplinaire et accessible », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 5

**BELLEAU Marie-Claire et TALBOT-LACHANCE Guillaume**

« La valeur juridique des ententes issues de la médiation familiale au Québec », *R.R.J.* 2009, p. 57

**BELZILE Violaine**

« Enrichissement injustifié et action de in rem verso entre conjoints de fait – Comme si l’amour allait durer toujours », dans *Développements récents en droit familial*, 2011, Ed. Barreau du Québec, p. 54

**BISSETT-JOHNSON Alastair**

« Judicial Variation of Final Settlements : *Pelech v. Pelech, Caron v. Caron, Richardson v. Richardson* », [1988] 67 *R. du B. Can.* 153

**BLACKWELL Susan**

« Spousal Support After *Miglin*: An Era Of “Material Change” », [2001] 16 *Money & Family Law* 84

**BOULBY Sarah**



« Radical Change to Radical Uncertainty : Spousal Support in an Era of Incertitude », [2002] 17 *Money & Family Law* 1

**BOURGAULT-COTE Guillaume**

« Le Québec, champion mondial de l'union libre », *Le Devoir*, 13 septembre 2007

**BRIERE Germain**

« Réflexions à l'occasion d'une réforme... Pourquoi faut-il encore un régime matrimonial et pourquoi faut-il que ce soit la société d'acquêts ? », (1970) 73 *R. du N.* 55

« L'épouse et l'administration des biens », dans *Le droit dans la vie familiale, Livre du centenaire du Code civil (I)*, PUM, 1970, p. 215

**BRISSON Jean-Maurice et KASIRER Nicholas**

« La femme mariée et le Code civil du Bas Canada : une commune émancipation ? », dans *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie et concordance*, sous la direction de Glenn Patrick, Ed. Yvon Blais, 1993, p. 221

**BRODEUR Marie-Josée et CLAIRMONT Suzanne**

« Le droit de la famille collaboratif : un processus de résolution des conflits sans la menace d'avoir recours aux tribunaux », *R.R.J.* 2009 p. 77

**BURMAN Danielle et PINEAU Jean**

« La prestation compensatoire à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Poirier c. Globensky* », (1985) 19 *R.J.T.* 281

**BUSHNELL Ian S.**

« Family law and the Constitution », (1978) 1 *Can. J. Fam. L.* 202

**C**

**CAPARROS Ernest**

« Loi concernant les régimes matrimoniaux », (1970) *C. de D.* 303

« Les régimes matrimoniaux secondaires à la lumière du nouveau Code civil du Québec », (1982) 13 *R.G.D.* 27

« Le patrimoine familial : une qualification difficile », (1994) *R.G.D.* 251, p. 253

« La nature commune du patrimoine familial et de la société d'acquêts », (1999-2000) 30 *R.G.D.* 1, p. 59

**CASTELLI Mireille**

« La Cour d'appel et la prestation compensatoire », (1985) 16 *R.G.D.* 625

« La *Loi de 1985 sur le divorce* : présentation et comparaison sur les anciennes solutions », dans *Mélanges L.-P. Pigeon*, 1989, p. 131

**CIOTOLA Pierre**

« Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux », (1989) *C.P. de N.* 21

« Nature des droits familiaux - patrimoine familial société d'acquêts – communauté de biens », (1999) 101 *R. du N.* 419

**CIOTOLA Pierre et GAGNON Nicole**

« *Droit de la famille – 980* ou le patrimoine familial analysé sous ses nombreux aspects », (1991), 94 *R. du N.* 181

**COMTOIS Roger**

« Pourquoi la société d'acquêts ? », (1967) *R. du B.* 602, p. 604

« La prestation compensatoire : une mesure d'équité », (1983) 85 *R. du N.* 307

« Que reste t'il de la société d'acquêts ? », (1994) 28 *R.J.T.* 397

**COOLIGAN Kathreen**

« Comment: Is conduct creeping back into spousal support claims? », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* No. 10 (July 7, 2006)

**COOPER Jennifer A.**

« Miglin Revisited, Part I », [2006] 21 *Money & Family Law* 65

**CORBEIL Christine et DESCARRIES Francine**

« La famille : une institution sociale en mutation », *Nouvelles pratiques sociales* 2003, vol. 16 n° 1 p. 17

**COSSETTE André**

« L'absence de régime matrimonial de biens dans un pays de droit civil ou la rencontre de deux cultures juridiques », (1984) 87 *R. du N.* 107, p. 115

« Le régime de la séparation de bien est-il disparu avec la naissance de la prestation compensatoire ? », (1985) 87 *R. du N.* 456

« Statistiques sur les régimes matrimoniaux », (1986) 89 *R. du N.* 242

**COULOMBE Gérard**

« Le divorce au Canada avant le Bill C-187 : causes et effets », (1967-1968) 4 *Justinien* 104

**CUMYN Michelle**

« La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social », (2006) 47 *C. de D.* 677

**D**

**DAVIES Christine**

« Compensatory Support: New Beginning or a Return to the Past », [1986] 11 *C.F.L.Q.* 129

« Spousal Support Under the *Divorce Act* : From *Moge* to *Bracklow* », 44 *R.F.L.* (4<sup>th</sup>) 61

« The Ever-Changing Picture of Support and Other Developments », [2002-2003] 20 *C.F.L.Q.* 231, p. 237

**DEWAR John L.**

« The Development of the Remedial Trust », [1982] 60 *R. du B. Can.* 265

**DIBBEN Ben**

« Ramifications of *Boston v. Boston* Decision », *Money & Family Law* 2002 p. 75

**E**

**EPSTEIN Philip**

« Variation – L.M.P. v. L.S. Revisited – Section 17 of the *Divorce Act* Explained », *Newsletter Family*, 9 avril 2014

**F**

**FERSILI Onofrio**

« Recognizing a Fundamental Change: a Comment on *Walsh*, the *Charter*, and the Definition of Spouse », [2001] 18 *C.J.F.L.* 159

## G

### **GALARNEAU Diane et STURROCK Jim**

« Revenu familial après séparation », *Perspectives*, Été 1997, p. 21, *Statistique Canada*, n°75-001-XPf

### **GAUTHIER Hervé**

« Atelier 12 : Quelles stratégies de l'Etat face aux familles? », *Démographie et famille, Les impacts sur la société de demain, Les actes du colloque*, Conseil de la famille et de l'enfance, 2001, p. 192

### **GLENN Patrick**

« Droit comparé et droit québécois », (1990) 24 *R.J.T.* 339

« La civilisation de la common Law », *R.I.D.C.* 3-1993 p. 559

« Vers un droit comparé intégré », *R.I.D.C.* 4-1999, p. 841

### **GORDON Marie L.**

« What, Me Biased ? » Women and Gender Bias in Family Law », (2001) 19 *Can.Fam.L.Q.* 53

“Spousal Support Guidelines and the American Experience: Moving beyond discretion”, (2002) 19 *Can. J. Fam. L.* 247

### **GOUBAU Dominique**

« Une nouvelle ère pour la pension alimentaire entre ex-conjoints au Canada », [1993] 72 *R. du B. Can.* 279

« Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret », [1995] 74 *R. du B. Can.* 473

« La pension alimentaire de « l'après-Moge » : une valse à deux temps... », (1996) *Congrès du Barreau du Québec* 255

« L'affaire *Bracklow* : suite et fin », *Collection du juriste*, Ed. Farnham Publication, CCH, 2000, p. 1

« The Clear and Clouded World of Spousal Support in Canada », 18 *C.F.L.Q.* 333

« Respect des ententes alimentaires, l'affaire *Miglin* : la cour suprême donne une nouvelle vigueur aux ententes alimentaires », *Collection du juriste* - mai 2003, p. 1

« ça fait une différence ! Mariés ou conjoints de fait », *Collection du juriste*, Ed. CCH, février 2003, p. 4

« La réforme de la Loi sur le divorce », dans *Nouveaux développements en droit familial – les aspects économiques d'une rupture*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2003, p. 107

« Le mariage pour tous, dix ans après... L'expérience canadienne », *Dr. Fam.* Juillet 2013, chronique n° 34

### **GOUBAU Dominique, OTIS Ghislain et ROBITAILLE David**

« La spécificité patrimoniale de l'union de fait : le libre choix et ses « dommages collatéraux », (2003) 44 *C. de D.* 3

### **GRANT Stephen**

« Reflecting on a Moving Target : Discretion Prevails, Once More », [2004] 19 *Money & Family Law* 1

### **GRASSBY Myriam**

« Two Incomes Couples : Presumption of Need for the Lower Income Spouse », [2004] 20 *Can. J. Fam. L.* 321

**GROFFIER Ethel**

« Les droits et obligations des époux : les régimes matrimoniaux », (1981) 22 *C. de D.* 309

**GUAY Hélène**

« Etudes comparatives en droit civil français et québécois de la notion de prestation compensatoire dans le cadre des régimes matrimoniaux », (1986) 89 *R. du N.* 1

**H**

**HARVISON YOUNG Alison**

« Changing Family, Rights Discourse and the Supreme Court of Canada », [2001] 80 *R. du B. Can.* 749

**J**

**JOBIN Pierre-Gabriel**

« L'équité en droit des contrats », dans *Mélanges Claude Masse – En quête d'équité et de justice*, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 473

**JOLLIMORE Elisabeth**

« Case comment : *Nova Scotia v. Walsh* », *Canadian Family Law Matters*, Ed. CCH, Février 2003, p. 1

**JOYAL Renée**

« La filiation homoparentale, rupture symbolique et saut vers l'inconnu, Quelques réflexions à la lumière de l'évolution récente du droit de la filiation », dans *L'union civile, Nouveaux Modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Sous la direction de Lafond Pierre-Claude et Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 307

**H**

**HOWIE Jason P.**

« *Boston v. Boston* : What is the Rule and What is the Exception », *Money & Family Law* 2004 p. 43

**K**

**KARIM Vincent**

« L'ordre public en droit économique : contrats, concurrence, consommation », (1999) 40 *C. de D.* 403, p. 405

**KASIRER Nicholas**

« Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony », dans *Association canadienne de droit comparé et association québécoise de droit comparé, contemporary law – droit contemporain*, Ed. Yvon Blais, 1994-1995, p. 190

**KELADA Henry**

« Quelques aspects sur la nouvelle loi sur le divorce », (1986) *R.D.F.* 697

**KIROUACK Marie Christine**

« Le projet parental et les nouvelles règles relatives à la filiation : une avancée ou un recul quant à la stabilité de la filiation », dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation permanente du Barreau du Québec, 2005, p. 369

## L

### **LAM Vanessa**

« *L.M.P. v. L.S. and R.P. v. R.C.* : Revisiting the Issue of Spousal Variation and Material Change », [2012] 24. *Ont. B. A. R.* 2

### **LAMONTAGNE Denys-Claude**

« La prestation compensatoire : les conditions d'application », (1985) 87 *R. du N.* 507

### **LANDAU Barbara**

« Collaborative family law has much to offer lawyers », (December 15, 2000) Vol. 20, No 31

### **LANDHEER-CIESLAK Christelle**

« Présentation : le droit sans la loi ? », (2006) 47 *C. de D.* 619

« Jupiter, Hercule et Minerve : trois modèles d'élaboration du droit des croyants par le juge étatique », (2006) 47 *C. de D.* 623

### **LANGEVIN Louise**

« Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie », (2009) 54 *R.D. McGill* 697

« Les unions de fait : protection ou liberté de choix ? Le Québec à la croisée des chemins », *Dr. Fam.* Mars 2015, dossier 2

### **LASALLE Raymonde**

« Le réveil de l'art. 208 C.c.B.-C. par la Cour d'appel », dans *Nouveaux développements en droit familial – Les aspects économiques d'une rupture*, Ed. Yvons Blais, 1989, p. 247

### **LASSALE Raymonde et PERREAULT Stéphanie**

« L'arrêt Boston révolutionne-t-il le droit de la famille ? », dans *Développements récents en droit familial*, Ed. Yvon Blais, 2002, p. 209

### **LE DEVOIR**

« Des homosexuels dénoncent la discrimination contre les... hétérosexuels », *Le Devoir*, 5 février 2002, p. A2

### **LEFEBVRE Brigitte**

« Projet de Loi 84 : quelques considérations sur les nouvelles dispositions en matière de filiation et sur la notion de conjoint », (2002) *C.P. du N.* 3

« L'évolution de la notion de conjoint en droit québécois », dans *L'union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé sous la direction de Lafond Pierre-Claude et de Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 3

« Fascicule 28 – Union de fait », dans *Personne et Famille*, sous la dir. de Alain Roy, m.à j. décembre 2011

### **LEFRANCOIS Guy**

« La dissolution de l'union civile », (2002) *C.P. du N.* 31

### **LE QUOTIDIEN**

« Enquêtes sociale générale : travail rémunéré et non rémunéré », 19 juillet 2006

« Etude : rupture conjugale et dépression subséquente », *Statistiques Canada*, 22 mai 2007

**LESVEQUE Kathleen et CHOUINARD Tommy**

« Aide sociale : par ici la sortie ! », *Le Devoir*, 10 novembre 2003

**L'HEUREUX-DUBE Claire**

« Communications », (1968) 28 *R. du B.* 505

« L'arrêt « Poirier c. Globensky » sous les feux du droit comparé », (1985) *R. du N.* 435

**LINDSAY Colin**

« Les femmes au Canada consacrent-elles aujourd'hui encore, plus de temps que les homes aux travaux ménagers? », Statistiques Canada, article trouvé sur [www.statcan.ca/francais/freepub/89-630-XIF/2008001/article/10705-fr.htm](http://www.statcan.ca/francais/freepub/89-630-XIF/2008001/article/10705-fr.htm)

**LYON Cecil J.**

« COMMENT: This time on the SCC's Leskun decision », [2006] 26 *The Lawyers Weekly* n°15 (August 25, 2006)

**LUXTON Meg**

« Family Coping Strategies : Balancing Paid Employment and Domestic Labour », dans Collectif, *Family Patterns, Gender Relations*, sous la direction de Foy Bonnie J., Oxford University Press, 2001, p. 318

**M**

**MALBOEUF Marie-Claude**

« La pension alimentaire, c'est pour la vie », *La Presse* 26 mars 1999 A4

**MARTEL Carolyn**

« Les régimes de retraite et le partage du patrimoine familial », dans *Développements récents en droit familial*, Yvon Blais, 2003, p. 235

**MASSE Sylvie**

« L'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire depuis le 1<sup>er</sup> décembre 1982, (1984) 87 *R. du N.* 145

**MATTEAU Sylvie et PARADIS Suzanne**

« La médiation du divorce, dans l'intérêt de la famille et de l'enfant », (1986) 46 *R. du B.* 815, p. 820

**MAYRAND Albert**

« De l'équité dans certains contrats, nouvelle section du Code civil », dans *Lois nouvelles*, Ed. Les Presses de l'Université de Montréal, 1964, p. 51

« L'obligation alimentaire entre les époux séparés ou divorcés depuis le Bill 8 et la loi fédérale sur le divorce », dans *Lois nouvelles II*, Les Presses de l'université de Montréal, 1970, p. 42

**McCLARY James T.**

« A different view of Nova Scotia (Attorney-General) v. Walsh », [2005-2006] 22 *Can. J. Fam. L.* 43

**McLACHLIN Beverley**

« Spousal Support : it is Fair to Apply New-Style Rules to Old-Style Marriages? », [1990] 9 *Can. Fam. L. Rev.* 131

**McLEOD James G.**

Commentaire de la trilogie, [1987] 7 *R.F.L.* (3d) 226

Commentaire de *Boston c. Boston*, [2001] 17 *R.F.L.* (5th) 7

**MELAMED Daniel et BRULL Stefanie**

« Constructive/Resulting Trust : A Review of where We Were and Where We Are Going », [2003] *Money & Family Law* 57

**MENAER Mike**

« *Miglin v. Miglin* – Judicial Assault on Individual Liberty », [2002-2003] 20 *C.F.L.Q.* 119

**MILLAN Luis**

« No support for common-law spouses discriminatory : QCA », *The Lawyers Weekly*, Vol. 30, n° 28, 26 novembre 2010, p. 2

**MOORE Benoît**

« Quelle famille pour le XXI<sup>e</sup> siècle? Perspectives québécoises », [2003] 20 *Can. J. Fam. L.* 57

« Tenir compte de l'expérience québécoise : débattre avant d'agir », *RDA* Février 2011, p. 87

**MORIN Christine**

« La contractualisation du mariage : réflexions sur les fonctions du Code civil du Québec dans la famille », (2008) *C. de D.* 49, p. 527

**MOSCOE Tami**

« Are Support Releases in a Marriage Contract Now Binding ? », [2004] 19 *Money & Family Law* 13

**N**

**NORMAND Jacques**

« La notion juridique de couple, rapport de synthèse », dans *La notion juridique de couple* sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, Economica, 1998 p. 141

**NORMAND Sylvio**

« L'acculturation de la fiducie en droit civil québécois », *R.I.D.C.* 1-2014 p. 7

**NORTON J.M.**

« *Boston v. Boston* – An Actuarial Perspective », *Money & Family Law* 2001 p. 61

**P**

**PARENT Nicole**

« Effet de la retraite et de la préretraite sur le paiement de la pension alimentaire à l'ex-conjointe : une revue de la jurisprudence des dix dernières années », dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial* (1999), 261

**PAYNE Julien D.**

« *Poirier v. Globensky* : an Ontario Perspective », (1985) 87 *R. du N.* 438

« A Practitioner's Guide to Spousal Support in Divorce Proceedings », (1988) 19 *R.G.D.* 701

« Further Reflections on Spousal and Child Support After Pelech, Caron and Richardson », (1989) 20 *R.G.D.* 477

« An Overview of Theory and Reality in the Judicial Disposition of Spousal Support Claims Under the Canadian Divorce Act », [2000] 63 *Sask. L. Rev.* 404

**PHILIPS-NOOTENS Suzanne et LAVALLEE Carmen**

« De l'état inaliénable à l'instrumentalisation : la filiation en question », dans *L'union civile, Nouveaux Modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Sous la direction de Lafond Pierre-Claude et Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 337

**PILON Suzanne**

« La trilogie de la Cour suprême du Canada sur l'obligation alimentaire entre conjoints ou ex-conjoints (Arrêts Richardson, Pelech et Caron), (1987) *R.D.F.* 533

« Le sort des ententes familiales depuis la Trilogie de la Cour suprême (arrêts Richardson, Pelech et Caron) », dans *Nouveaux développements en droit familial – Les aspects économiques d'une rupture*, Formation permanente du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 1988, p. 97

**PINARD Elisabeth**

« La maladie du conjoint et la pension alimentaire », dans *Développements récents en droit familial*, Editions Yvon Blais, 1992, p. 175

**PINEAU Jean**

« La protection des conjoints : conventions matrimoniales ou sociétés à parts égales », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Yvon Blais, 1991, p. 109

**POPOVICI Adrian**

« De l'aliénation d'affection : essai comparatif et critique », [1970] 48 *R. du B. Can.* 235

**POSTEL Nicols**

« Contrat, coercition et institution: un regard d'économiste », dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrinre et Hiez David, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 69

**PREMONT Claudia**

« Le patrimoine familial 10 ans après : bilan et incertitude », (1999) 7 *Repères* 146

« Commentaire sur la décision *V. (G.) c. G. (C.)* - La Cour d'appel se prononce sur les « Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux », (2006) *Repères* Septembre, REJB EYB2006REP512

**R**

**RADIO CANADA**

« La réforme de l'aide sociale entre en vigueur au Québec », 1<sup>er</sup> juillet 2013

**RAYLE Pierrette et ANFOUSSE Suzanne**

« Prestation compensatoire : les derniers jugements de la Cour d'appel du Québec », dans *Nouveaux développements en droit familial – les aspects économiques d'une rupture*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 1988, page 151

**REVILLARD Anne**

« Du droit de la famille aux droits des femmes : le patrimoine familial au Québec », *Droit et Société* 62/2006, p. 95

**ROBERGE Justin**

« Commentaires sur la décision *Elgner v. Elgner* – Comment établir en moins de deux heures le quantum d'une pension alimentaire entre époux à plus de 100 000 dollars par mois ? », *Repères*, avril 2010

**ROCHER Guy**



« Les modèles et le statut de la femme canadienne-française », *Revue internationale des sciences sociales* 1962 vol. 14 n° 1 p. 132

**ROGERSON Carol**

« The Causal Connection Test in Spousal Support Law » (1989) 8 *Can. J. Fam. Law* 95

« Spousal support after Moge », [1996-1997] 14 *C.L.F.Q.* 281

« Spousal Support Post-Bracklow : The Pendulum Swings Again ? », 19 *C.F.L.Q.* 185, p. 212

« *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, “They Are Agreements Nonetheless”, [2003] 20 *Can. J. of Fam. L.* 197

**ROGERSON Carol et THOMPSON Rollie**

« Spousal Support Advisory Guidelines Seven Months Later », [2005] *LAWNET* 1, 22 août 2005

« The Canadian Experiment with Spousal Support Guideline », (2011) 2 *Fam. L. Q.* 241

« Spousal Agreements and the Legacy of Miglin », [2013] 31 *C.F.L.Q.* 13

**ROSEN LAW FIRM**

« Alienation of affections and criminal conversation »,

<http://www.rosen.com/ppf/law/Divorce/rosen/201/articles.asp>

**ROY Alain**

« L’encadrement législatif des rapports pécuniaires entre époux : un grand ménage s’impose pour les nouveaux ménages », (2000) *C. de D.* 657, p. 678

« Partenariat civil et couples de même sexe : la réponse du Québec », (2001) 35 *R.J.T.* 663

« Déjudiciarisation et divorce consensuel : perspectives socio-juridiques », dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, Ed. Thémis, 2002, p. 310

« La Cour suprême se prononce sur le poids des ententes alimentaires de divorce », (2004) 106 *R. du N.* 137, p. 141

« La filiation homoparentale : esquisse d’une réforme précipitée », (2004) 1 *Enfance, Famille, Générations*, trouvé sur <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html>

« Affaire Eric c. Lola – une fin aux allures de commencement », *Conférence des juristes d’état*, Québec, 9 avril 2013

**S**

**SANSFACON Jean-Robert**

« Mariage à vie », *Le devoir*, Editorial, Samedi 27 mars 1999 A12

**SCANE Ralph A.**

« Relationships « Tantamount to spousal », unjust enrichment, and constructive trusts », [1991] 70 *R. du B.Can.* 260

**SENECAL Pierre**

« La réforme québécoise instituant le patrimoine familial : la recherche d’un nouvel équilibre », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Yvon Blais, 1991, p. 129

**SCHMITZ Cristin**

« Top court maps out approach to support changes », *The Lawyers Weekly*, 23 janvier 2012

**SCHIRM Sylvie**

« La pension alimentaire après la retraite selon *Boston c. Boston* : avis au lecteur », Repères, Avril 2007, EYB2007REP580

**SCHMITZ Cristin**

“B.C. appeal court calls spousal support guidelines “useful tools”, [2005] 25 *The Lawyer Weekly* no 16

“SCC: Issues in a review order should be “tightly delimited””, [2006] 26 *The Lawyers Weekly* No. 9 (June 30, 2006)

“Spousal guidelines accepted as “litmus test of reasonableness”, [2008] 27 *The Lawyer Weekly* no 35

**SHAFFER Martha**

« Domestic Contracts, Part II : The Supreme Court’s Decision in *Hartshorne v. Hartshorne* », (2004) *Rev. Can. D. Fam.* 261

**SHAFFER Martha et MELAMED Daniel S.**

« Separation Agreements Post-*Moge*, *Willick* and *L.G. c. G.B.*: A New Trilogy? », [1999] 16 *Can. Fam. L. Rev.* 51

**SHEA Martha et CLAIRMONT Suzanne**

« Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », dans *Développements récents en justice participative : la diversification de la pratique de l’avocat*, Service de formation continue du Barreau du Québec, Ed. Yvon Blais, 2006 p. 105

**SHEPPARD Colleen**

« Uncomfortable Victories and Unanswered Questions: Lessons from *Moge* », [1995] 12 *Can. J. Fam. L.* 283

**SIEMIARCZUK Marta**

« Family Law : L.M.P changes landscapes dor support agreements », 30 janvier 2012

**T**

**TETRAULT Michel**

« L’union civile : j’me marie, j’me marie pas », dans *L’union civile, nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21<sup>ème</sup> siècle*, Actes du colloque du Groupe de réflexion en droit privé sous la direction de Lafond Pierre-Claude et de Lefebvre Brigitte, Ed. Yvon Blais, 2003, p. 101

« Commentaires sur la décision *Leskun c. Leskun* – La faute d’un époux lors de la rupture, les conséquences de celle-ci sur l’obligation alimentaire et le concept de révision de la pension alimentaire », *Repères* Juillet 2006, *Droit civil en ligne*, Editions Yvon Blais, EYB2006REP501

“De choses et d’autres en droit de la famille”, dans *Développements récents en droit familial*, Service de la Formation continue du Barreau du Québec 2007, Ed. Yvon Blais, p. 453

**THERRIEN Marie-Hélène**

« Situation économique de la femme mariée au fil des trois dernières réformes législatives au Québec », (1994) 2 *R.E.J.* 155, p. 161

**TREBILCOCK Michael J. et KESHVANI Rosemin**

« The Role of Private Ordering in Family Law : a Law and Economic Perspective », (1991) 41 *University of Toronto Law Journal* 533

**V**

**VERDON Jocelyn**

« L'union de fait... de quel droit, au fait ? », dans *Développements récents en droit familial*, Ed. Yvon Blais, 1998

## W

**WOLFSON Lorne A.**

« *Bracklow: An Opportunity Lost* », [1999] 14 *Money and Family Law* 41

## B. France

## A

**ABHERVE Michel**

« Moins de 9000 bénéficiaires du rSa jeunes fin juin 2012 », *Alternatives économiques*, publié en ligne le 23 septembre 2012

**ACTUALITE**

« Impayés sur les pensions alimentaires », *AJ Fam.* 2014 p. 142

**ALERTE**

« La garantie contre les impayés de pension alimentaire se met en place », *Dr. Fam.* Avril 2014 alerte n° 17

**ADAM-BEAUME Evelyne**

« Le rôle des notaires », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214

**AUFIERE Pierrette**

« L'avocat médiateur ou le médiateur avocat », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 7

**AGOSTINI Eric**

« L'équité », *D.* 1978, chron. p. 7

**ALBIGES Christophe**

« Equité », *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2011

**ALIBERT Bernard**

« Le pacte en droit privé », *D.* 1996 p. 73

**ANCEL Pascal**

« Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », dans *Approche renouvelée de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 15

**ANDRE Sophie**

« La médiation familiale – Une voie d'apaisement des conflits », Cahier 2 de *l'Actualité sociale hebdomadaire* n°2687 du 17 décembre 2010, p. 39

**ATTIAS-DONFUT Claudine**

« Des générations solidaires », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 113

« Complémentarités entre aides publiques et aides familiales », dans *Entraide familiale et solidarités entre les générations*, sous la direction de Minonzio Jérôme et Pagis Julie, Collection Problèmes politiques et sociaux, 2009, p. 157

**AVENA-ROBARDET Valérie**

« Le Pacs : nouvelle étape », *AJ Fam.* 7-8/2006 p. 263

- « Matrimonialisation » du pacs », *AJ Fam.* 2011 p. 3  
 « Régime matrimonial franco-allemand commun de participation aux acquêts », *AJ Famille* 2011 p. 175  
 « Simplification et amélioration du droit de la famille », *AJ Fam.* 2011 p. 282  
 « Mariage, pacs et divorce : les chiffres », *AJ. Fam.* 2012 p. 122  
 « Le barème des pensions alimentaires à l'épreuve », *AJ Fam.* 2012, p. 246  
 « Enregistrement du PACS notarié », *AJ Fam.* 2012 p. 426  
 « Profession d'avocat : espoir », *AJ Fam.* 2013 p. 71  
 « La médiation familiale encouragée ! », *AF Fam.* 2013 p. 328  
 « 2014, une année charnière », *AJ Fam.* 2014 p. 3  
 « Observations : comparaison des résultats avec ceux obtenus avec la nouvelle méthode PilotePC », *AJ Fam.* 2014, p. 46  
 « Pensions alimentaires impayées », *AJ. Fam.* 2014 p. 582  
 « Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide : Statistiques », *AJ. Fam.* 2015 p. 43  
 « Procédure familiale : nouveautés », *AJ. Fam.* 2015 p. 190  
 « La barémisation du droit de la famille se précise », *AJ Fam.* 2015, p. 359

**AYNES Laurent et CROCQ Pierre**

- « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, Etudes et commentaires, p. 2559

**B**

**BADEL Maryse**

- « Subsidiarité et aide sociale : quelle actualité ? », *RD. sanit. soc.* 2007, p. 1077

**BARBIER Nadège, MARTIN Matthias, MUSSIER Aurélie, PASSALACQUA Jacqueline et VAGOST Estelle**

- « Pacs : à quand le *coming-out* de la prestation compensatoire ? », *AJ Fam.* 2011 p. 201

**BARDOUT Jean-Claude**

- « PilotePC, un outil collaboratif fondé sur la méthodologie des décisions multicritères pour aider avocats et juges à estimer le montant d'une prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 2015 n° 28 à 29, p. 4.

**BARDOUT Jean-Claude, BOURREAU-DUBOIS Cécile et SAYN Isabelle**

- « Une table de référence pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants – Présentation générale », *Dr. Fam.* mars 2010, p. 7

**BARDOUT Jean-Claude et LORTHIOS Isabelle**

- « Nouvelle méthode de calcul de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2013 p. 693

**BARDOUT Jean-Claude, TRUCHE Sylvie, LORTHIOS Isabelle, DUPONT Nathalie**

- « Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : un nouvel outil d'aide au calcul de la prestation compensatoire : la méthode « PilotePC », *AJ. Fam.* 2014 p. 541

- « Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : Application de l'outil PilotePC », *AJ. Fam.* 2014 p. 544

**BARRIERE Louis-Augustin**

- « Penser les concubinages. La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », dans *Etudes offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi, Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, Ed. Litec, 2002, p. 143

**BARRIERE-BROUSSE Isabelle**

« La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales », *D.* 2008 p. 625

**BATTEUR Annick et RAOUL-CORMEIL Gilles**

« Fin ou éclatement de la notion de prestation compensatoire ? », *Droit et patrimoine*, n°97, octobre 2002, p. 34

**BEDOU-CABAU Marie-Dominique**

« La dérive économique », dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 118

**BEGUIN Jacques**

« Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2011, n° 1 p. 2

**BEIGNIER Bernard**

« Métamorphoses du Pacs », *Dr. Fam.* 2006, septembre p. 1

« L'apparence du mariage », *Dr. Fam.* Mai 2010, Repère 5

**BEIGNIER Bernard et NICOD Marc**

« Donations entre époux : d'un droit à l'autre (La réforme des donations de biens présents s'applique-t'elle aux donations déjà réalisées ?) », *Rép. Def.* 2005, n°4, Art. 38104, p. 265

**BELLAMY Vanessa et BEAUMEL Catherine**

« Bilan démographique 2013 – Trois mariage pour deux PACS », *INSEE Première*, janvier 2014 n° 1482

**BELLETT Pierre**

« Le juge et l'équité », dans *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 9

**BENABENT Alain**

« La liberté et le mariage », *RTDCiv.* 1973 p. 440.

« L'ordre public en droit de la famille », dans *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, sous la direction de Thierry Revet, Ed. Dalloz, 1996, p. 27

« Plaidoyer pour quelques réformes du divorce, I – Sur les effets », *D.* 1997 p. 225

« Dispositions transitoires », *AJ. Fam.* 6/2004, p. 232

**BENSA Clémence**

« La médiation familiale en France », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 6

**BERNARD Younes**

« Le rôle de la volonté des époux », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 18

**BERTHET Pascal**

« Solidarité intra familiale et action sociale », *AJ Fam.* 2012 p. 186

**BINET Jean-René**

« Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », *D.* 2006 p. 1923

« Moderniser le divorce : pas si simple », *Dr. Fam.* Avril 2015, Repère n° 4

**BLOUGH Rachel**

« Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* avril 2009 p. 20

**BOLZE Antoine**

« Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. Fam.* 2001, chronique n°5

**BONAFE-SCHMIDT Jean-Pierre**

« La médiation : du droit imposé au droit négocié ? », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 419

**BOSQUET-DENIS Jean**

« Réflexions sur la distinction de « l'alimentaire » et de « l'indemnitaire », *JCP G* 1981 I 3010

**BOURDEAU-MEIER Alice**

« Accord du 4 février 2010 entre la France et l'Allemagne portant création d'un régime matrimonial commun », *JCP N.* 2010, n°10 du 12 mars 2010, act. 257

**BOURREAU-DUBOIS Cécile**

« Analyse économique », *Dr. Fam.* mars 2010 p. 16

**BOUSQUET Thomas**

« Interview de Claire Leconte, secrétaire générale de la Fenamef (Fédération nationale de la médiation familiale) », *Le BIMSA*, mai 2009, p. 21

**BRAZIER Marcel**

« Comment se calcule une prestation compensatoire ? », *Gaz. Pal.* 1987 p. 57

**BRENNER Claude**

« Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Rép. Def.* 2005, n°2, Art. 38084, p. 93

**BROUSSE Cécile**

« La répartition du travail domestique entre conjoints reste très largement spécialisée et inégale », dans *France, portrait social 1999-2000*, INSEE, p. 135

**BRUGGEMAN Maryline**

« La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier 8

**BRUNETTI-PONS C.**

« Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. Fam.* Mai 2003, p. 16

**BRUSORIO-AILLAUD Marjorie**

« L'article 1382 du Code civil et le divorce : quelques applications récentes originales », *Lexbase Hebdo édition privée* n° 504, 8 novembre 2012

**BUCHET Daniel**

« Les solidarités familiales à l'épreuve des politiques sociales : les caisses d'allocations familiales », dans *Obligation alimentaire et solidarités familiales, Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la Direction de Choquet Luc-Henry et Sayn Isabelle, *Droits et Sociétés*, n°31, 2000, p. 137

**BUISSON Guillemette et LAPINTE Aude**

« Le couple dans tous ses états – Non cohabitation, conjoints de même sexe, Pacs... », *Insee Première* février 2013 n° 1435

**BURGARD Marlène**

« Les sanctions du comportement d'un époux à l'occasion de la dissolution du mariage », *Petites affiches*, 5 février 2009, p 16

« L'enrichissement sans cause au sein du couple : quelles différences de régime entre époux, partenaires et concubins », *RRJ* 2009 p. 615

« La fiducie après la loi du 4 août 2008, l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi du 12 mai 2009 », *Petites affiches*, 24 août 2009, n° 168 p. 3

**BURRICANT Carine, HOUDRE Cédric et SEGUIN Eric**

« Les niveaux de vie en 2010 », *INSEE Première* n° 1412, septembre 2012

**BUSCH Faustine et TIMBARD Odile**

« Le profil des pacésés », *Infostat Justice* février 2014 n° 126, p. 3

**BUTRUILLE-CARDEW Charlotte**

« Le droit de la famille collaboratif » (Collaborative Law), *AJ Fam.* 2007 p. 29

« Interview », *AJ Fam.* 2011 p. 66

« Quels sont les caractéristiques de la collaborativ law, comment se distingue-t-elle des MARC ? Les précisions de Maître Butruille-Cardew », *Revue Lamy Droit Civil* 2011 p. 88

« La construction européenne du droit du divorce et l'approche culturelle », *AJ Fam.* 2012 p. 376

**BUTRUILLE-CARDEW Charlotte et PRENEY Christophe**

« Articulation du règlement « Rome III » avec les autres instruments : clauses de juridiction et loi applicable », *AJ Fam.* 2012 p. 385

**BUTRUILLE-CARDEW Charlotte, CHAUVEAU Véronique, RAE Maggie et WEISS-GOUT Béatrice**

« Table ronde – Quels outils inventer pour faire vivre une justice en crise », *Gaz. Pal.* 24 mars 2012, n°85, p. 50

## C

**CABRILLAC Rémy**

« Le nouveau Code civil du Québec », *D.* 1993 p. 267

« Le passif professionnel : l'efficacité des parades légales pour protéger le patrimoine familial », *JCP N.* 2009 n°22, *Chron.* n°1189, p. 32

**CACHARD Olivier**

« Les modes alternatifs de règlements des litiges en ordre de bataille », *Revue Lamy de Droit Civil* 2012 p. 94

**CANALES Gérard**

« Réforme du divorce : il faut poser les bonnes questions », *Droit et patrimoine* Février 2008 n°167, p. 16

**CARBONNIER Jean**

« La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975 *Chron.* p. 115

« Les notions à contenu variables dans le droit français de la famille », dans *Les notions à contenu variable en droit*, sous la direction de Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond, Travaux du Centre national de recherches de logique, Ed. Bruylant, 1984

**CARILLO Julie**

« Aménagements possibles d'un contrat de PACS », *AJ Fam.* 2012 p. 536

**CARRASCO Valérie**

« Le pacte civil de solidarité : une forme d'union qui se banalise », *Infostat Justice*, Octobre 2007, n°97, p. 1

**CASEY Jérôme**

« Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnes ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* Novembre 2006, chronique n°49, p. 31

« Article 1382 et 266 du Code civil – Analyse de jurisprudence et synthèse », *Dr. Fam.* 2015, dossier n° 34

**CASEY Jérôme et DAVID Stéphane**

« Méthode de calcul de la prestation compensatoire », *AJ. Fam.* 2015 p. 286

**CATHELINÉAU Anne**

« L'indemnité exceptionnelle de l'article 280-1, alinéa 2, du Code civil », *D.* 1994 chronique p. 149

**CENTRE D'ECONOMIE RURALE**

« La créance de salaire différé du conjoint survivant ou la reconnaissance de bons et loyaux services », disponible en ligne sur le site du CDER [http://www.cder.fr/Bulletin\\_liaison/bl132/bl1323.htm](http://www.cder.fr/Bulletin_liaison/bl132/bl1323.htm)

**CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA Guillermo**

« Le projet de divorce notarial en Espagne », *Dr. Fam.* 2015, Février 2015, Etude n°8

**CERMOLACCE Arnaud**

« L'introuvable acquêts », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1186, p. 15

**CHADEAU Anne et FOUQUET Annie**

« Peut-on mesurer le travail domestique ? », *Economie et statistiques* 1981, n°136 p. 29

**CHALVIGNAC François**

« Les incidences du choix du régime matrimonial sur la gestion du fonds de commerce », *JCP N* 1999, p. 322

**CHAMPAGNE Claude**

« L'action en dommages-intérêts sous l'article 1053 C.c. de l'épouse battue par son mari : une réaffirmation de la complétude du Code civil », (1983) 43 *R. du B.* 797

**CHAMPENOIS Gérard et COMBET Jacques**

« Synthèse », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1193, p. 47

« Quelle place pour la société d'acquêts dans les régimes matrimoniaux », *Rép. Def.* 2012, p. 1247

**CHENEDE François**

« Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage (à propos de trois arrêts de la première chambre civile du 20 janvier 2010) », *D.* 2010, p. 718

**CLAUX Jean-Pierre**

« Retraite et divorce », *AJ. Fam.* 2002 p. 278

« Notaire-Avocat : une synergie nécessaire », *AJ Fam.* 1/2005 p. 15

« Révocation des donations entre époux pour ingratitude », *AJ. Fam.* 2011, p. 315

« Dommages-intérêts : article 266 du code civil », *AJ Fam.* 2013 p. 51

**CLAUX Jean-Pierre et DAVID Stéphane**

« Divorce : le notaire nommé expert au cours de la procédure », *Rép. Def.*, 15 juillet 2008, n° 13, p. 1413

**CLERGET Emmanuel et DESSERTENNE-BROSSARD Corinne**

« Les errements du calcul de la prestation compensatoire », *JCP N* 2014, p. 1126

**COGNO-BOURDIEU Gérard et MOOS Danielle**

« Proposition d'une méthode de calcul de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1998 II p. 1718



**COLIN Christel, DJIDER Zohor et RAVEL Claire**

« La parité à pas comptés », *INSEE Première*, Mars 2005, n°1006

**COLOMER André**

« Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale », *Rép. Def.* 1982, Art. 32954 p. 1393.

**COLOMER André et CHAMPENOIS Gérard**

« La loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux », *Rép. Def.* 1986, Art. 33705, p. 481

**COMBRET Jacques**

« Couples entre personnes de même sexe : se marier ou ne pas se marier ? – Regards d'un praticien », *Rép. Def.*, 15 juillet 2013, n° 13-14, p. 723

**COMMAILLE Jacques**

« Famille : entre émancipations et protection sociale », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 243

**COPE-BESSIS Isabelle et KARILA-DANZIGER Anne**

« L'application pratique des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire par les juges - Propos de M<sup>me</sup> Anne Bérard, vice-présidente, juge aux affaires familiales près le TGI de Paris, recueillis par Isabelle Copé-Bessis et Anne Karila-Danziger, avocats au barreau de Paris », *AJ Fam.* 2013 p. 17

**CORPART Isabelle**

« Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : Régimes matrimoniaux et aménagements conventionnels, La recherche des meilleures stratégies », *AJ. Fam.* 2014, p. 666

**COURCELLE Sylvaine**

« La prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 1998 I, chronique p. 366

**COUVELAIRE Louise**

« Le Mexique invente le mariage à durée déterminée », *Le Monde*, 7 octobre 2011

**COUVRAT Pierre**

« La famille, parent pauvre du droit pénal », dans *Le droit non civil de la famille*, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, Tome 10, Ed. Presses universitaires de France, 1983, p. 133

**CRESENT Aurore, PICAL Tiphaine, REIN-LESCASTEREYRES Isabelle, ROBBE-PHAN Charlotte**

« Fiche Pratique : le droit collaboratif de A à Z – Du praticien débutant au praticien expérimenté », *AJ Fam.* 2010 p. 260

**CROZE Hervé**

« La procédure aux fins de jugement », *AJ Fam.* 2013 p. 458

**D**

**DAURIAC Isabelle**

« Sort des libéralités et ruptures conjugales », *AJ Fam.* 2006 n°6, p. 235

**DAURIAC Isabelle et GAUDEMET Sophie**

« La rupture ou le vrai visage du PACS », dans *Le droit entre tradition et modernité – Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz 2012, p. 141

**DAVID Stéphane**

« Calcul de la prestation compensatoire : proposition d'un expert », *AJ Fam.* 2010 p.350

« Les rendez-vous compensatoires de Stéphane David », *AJ Fam.* 2014, p. 43

**DAVID Stéphane et JAULT Alexis**

« La fixation de la prestation compensatoire », *AJ. Fam.* 2007 p. 108

« Participations aux acquêts », dans *Encyclopédie Dalloz*, 2009

**DAVID Stéphane, WEISS-GOUT Béatrice, TRAVADE-LANNOY Stéphanie et MALHERBE Héloïse**

« Dossier « Nouvelles méthodes de calcul de la prestation compensatoire » : La méthode par ajustements », *AJ. Fam.* 2014 p. 526

**DAVIE Emma**

« Un million de pacsés début 2010 », *Insee Première* n° 1336, février 2011

**DEFLERS Elisabeth**

« Le processus collaboratif comme traitement de la crise », *Revue Lamy Droit Civil* 2008, n° 54 p. 35

**DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise**

« PACS et famille, retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTDCiv.* 2001, n°3 p. 529

« La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation », dans *Approche critique de la contractualisation*, sous la direction de Chassagnard-Pinet Sandrine et Hiez David, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 167

**DELECRAZ Yves**

« Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales – Le choix du mode de conjugalité », *Dr. Fam.* juillet-août 2013 p. 16

**DELEVOYE Jean-Paul**

« Synthèse des travaux », *Les Petites affiches*, 20 décembre 2007, n°254, p. 51 et s

**DELFOSE Alain et PENIGUEL Jean-François**

« Premières vues sur la fiducie », *Rép. Def.* 2007 Art. 38571 p. 581

**DELPHY Christine**

« Mariage et divorce : l'impasse à double face », *Les temps modernes* 1974, n°333-334, p. 1815

« Travail ménager ou travail domestique », dans *Les femmes dans la société marchande*, sous la direction de Michel Andrée, PUF, 1978, p. 39

**DELPLANQUE Hervé**

« Enrichissements sans cause et rapports de famille », *Gaz. Pal.*, 18 février 1997, p. 309

**DEPOND Axel**

« Pot pourri sur l'actualité civile et fiscale des donations », *Droit et patrimoine* 2004, n°129, p. 70

« La fiscalité dans le divorce : les points d'actualité », *Droit & Patrimoine*. Novembre 2007, p. 54

« La méthode de calcul d'un notaire-expert », *AJ Fam.* 2010 p. 365

« Méthode de calcul de la prestation compensatoire – Tentative de perfectionnement de la méthode », *AJ Fam.* 2011, p. 482

« Fiscalité de la prestation compensatoire sous forme de capital au titre de l'impôt sur le revenu », *AJ Fam.* 2013, p. 620

**DE POULPIQUET Jeanne**

« Notaire », *Rép. civ. Dalloz*, janvier 2009

**DESBUQUOIS Jean-François**

« Dossier Fiducie et famille : Fiducie en matière patrimoniale : les dix règles clefs », *AJ. Fam.* 2015 p. 196

**DESLAUGIERS-WLACHE Catherine et MOSCARA Charles**

« La révision de la prestation compensatoire » dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 139

**DEVILLE Anne**

« Une nouvelle normativité contractuelle dans les conflits familiaux. Le divorce négocié », dans *Droit imposé, droit négocié*, sous la direction de Gérard Philippe, Ost François, Van de Kerchove Michel, Ed. Presses Universitaires Saint Louis, 1996, p. 416

**DONIER Virginie et ALBERT Jean-Luc**

« La solidarité à la charge des départements », *AJDA* 2013, p. 272

**DOUCHY-OUDOT Méline**

« Contentieux familial » *D.* 2013 p. 798

**DOUET Frédéric**

« Présentation de la loi instituant la fiducie », *Dr. Fam.* 2007, juin p. 20

**DUHAIME Gérard**

« Offensive contre l'Etat social au Québec », *Le Monde Diplomatique*, Juillet 2004, p. 16

**DUHAMEL Corinne**

« Pensions de réversion et Pacs : la Halde réitère les recommandations faites aux ministres de modifier sans tarder la législation française », *Dépêche AEF* n° 129990 du 6 avril 2010

**DUPEROUX Jean-Jacques**

« La transmissibilité passive des obligations alimentaires », *D.* 1959, Chron. p. 71

**DUPICHOT Philippe**

« Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007 Actualités p. 121

**E**

**ESMEIN Paul**

« Le double visage et les singularités de la pension après divorce », *D.* 1953, chron. page 67

**F**

**FAUCHER Daniel**

« Donation rémunératoire entre époux », *Revue fiscale notariale* 2004, octobre p. 44

**FEHRENBACH Karine**

« Devoir de secours des époux et pension alimentaire après divorce », *Petites affiches* 18 décembre 2000, n°251 p. 4

« Vocation alimentaire des époux et prestation compensatoire », *Petites affiches* n°24, 2 février 2001, p. 5

**FERRAND Frédérique**

« La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier 12

**FERRE-ANDRE André**

« Dossier donations : donations entre époux et conséquences en cas de séparation », *AJ. Fam* 2014 p. 615

**FILLETTE Jean-Luc**

« A propos des récentes tentatives de résurrection de la séparation de biens avec sociétés d'acquêts », *Rép. Def.* 1996, Art. 36369 p. 897

**FIN-LANGER Laurence**

« La réforme de la prestation compensatoire », *RD sanit. Soc.* 36 (4), oct.-déc. 2000 p. 815

**FLEURIOT Caroline**

« La fiscalité de la prestation compensatoire », *Dalloz Actualité*, 25 septembre 2012

**FORTIS Elisabeth**

« Divorce (second conséquences) », *Répertoire civil Dalloz*, août 2003, p. 27 n°214

**FRANCE INFO**

« Le divorce tient salon », 7 novembre 2009, trouvé sur [www.franceinfo.fr](http://www.franceinfo.fr)

**FRANCOZ TERMINAL Laurence**

« Les conséquences du divorce en droit comparé », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°20

**FREMEAUX Nicolas et LETURCQ Marion**

« Plus ou moins mariés : l'évolution des régimes matrimoniaux en France », *Economie et statistiques* 2013 n° 462-463, p. 127

**FRICERO Natalie**

« Un nouveau venu au sein des MARC : la convention participative », *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n°88

« Convention de procédure participative et médiation : des instruments concurrents ? », *Droit et Patrimoine* 2012 n° 214

« La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différents familiaux », *AJ Fam.* 2013 p. 540

**FULCHIRON Hugues**

« Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce « notarial ») », *D.* 2008 p. 270

« Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Ed. Lexisnexis et Dalloz, 2012, p. 125

**FULCHIRON Hugues et DAUBRICOURT Renaud**

« La prestation compensatoire, mythes et réalité », *D.* 2010 p. 2170

**G**

**GANANCIA Danièle**

« Paysage de la médiation familiale en France », *Gaz. Pal.* 2001, 23-24 mai, p. 779

**GANNAGE Pierre**

« Fascicule 2 : Liban – Mariage – Filiation », *Jurisclasseur Droit comparé*, Mise à jour 1er octobre 2009

**GARE Thierry**

« La réforme du divorce, entre innovations et droit constant (2<sup>ème</sup> partie) », *R.J.P.F.* 2004, n°7-8 p. 6, p. 7

**GASSEAU Catherine**

« La médiation familiale – processus et pertinence », *Le Médiateur familial*, n°67, juin 2010, p. 5

**GAZEAU Olivier, LEMAIRE Hugues et VANCLEEMPUT Franck**

« Liquidation d'un PACS », *Rép. Def.* 2010, n° 1 p. 84

« Les effets propres à la rupture volontaire du concubinage », *Rép. Def.* 2010, p. 1673

« L'annihilation des effets d'une donation entre époux de biens présents », *Rép. Def.* 2010, p. 1981

« 106ème Congrès des notaires de France – Couple, patrimoine : les défis de la vie à deux – Vade-mecum du notaire intervenant dans les procédures de divorce », *JCP N.* 2010, Chronique n°1178

**GERE Thierry**

« Les modifications apportées au droit de la famille par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures », *RJPF* 2012, n° 2 p. 12

**GILLES Jean-Pierre**

« Divorce : le notaire auxiliaire de justice », *JCP N.* 2008, Chronique n° 1343

**GOFFAUX Géraldine**

« Liquidation de la communauté et fixation de la prestation compensatoire », *Dr. Fam.* 2001, janvier 2001 p. 4

**GOUTTENOIRE-CORNUT Adeline**

« Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. Fam.* 1999, Chronique n°19, p. 7

« Les voies d'exécution au service de la famille : le recouvrement spécifique des pensions alimentaires », *AJ Fam.* 2006, n°2/2006 p. 60

**GRANET-LAMBRECHTS Frédérique**

« Un divorce par consentement mutuel sans juge ? », *Mélanges en l'honneur du doyen Georges Widerkehr*, Ed. Dalloz, 2009, p. 357

**GRANET-LAMBRECHTS Frédérique et HILT Patrice**

« Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : Que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ? », *AJ Fam.* 2014, p. 658.

**GREVY Manuela**

« La solidarité familiale intergénérationnelle ascendante : quelle justice sociale ? », *RD sanit. soc.* 40(4). oct.-déc. 2004 p. 929

**GRIMALDI Michel**

« Fascicule unique : Donations et testaments – Donations entre vifs – Irrévocabilité des donations par la volonté du donateur – Clauses prohibées – Etat estimatif des donations mobilières », *Jurisque Code civil*, Mise à jour 10 mai 2011, n°31

**GUIGUET-SCHIELE Quentin et BABY Wilfried**

« Les conventions organisant par avance les conséquences de la rupture », *Dr. fam.* Mars 2015 dossier 3

**GUITON Didier**

« Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *D.* 1980 Chron. p. 243

## H

### **HAUSER Jean**

- « Petit guide des condamnations après divorce par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation », *RTDCiv.* 1996, p. 886
- « Effets du divorce », dans *Jurisclasseur civil*, Fasc. 250, Art. 264-1 à 285-1 (avant la réforme du 26 mai 2004), 1997, n°19
- « Statut civil des partenaires », *J.C.P. N.* 2000 p. 411
- « Le juge homologateur en droit de la famille », dans *Le convention et le juridictionnel dans le règlement des différends* sous la direction de Ancel Pascal et Rivier Marie-Claire, Ed. Economica, 2001, p. 124
- « Le divorce nouveau et la responsabilité », *Droit & Patrimoine* 2005, n°138 p. 78
- « Modèles de couple et pensions de réversion : le mariage garde le maillot jaune », *RTDCiv.* 2011 p. 748
- « L'avenir des dommages-intérêts après divorce », *RTDCiv.* 2013 p. 584
- « L'origine de la disparité et le calcul de la prestation compensatoire », *RTDCiv.* 2014 p. 630
- « Dernier état des pactes civils de solidarité (Ministère de la Justice, statistiques 24 avril 2014) », *RTDCiv.* 2014 p. 862
- « Prestation compensatoire et transfert de propriété : la CEDH, le nouveau Zorro du droit de la famille, s'en mêle ? », *RTDCiv.* 2014 p. 869

### **HAUSER Jean et DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe**

- « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entre dans le champ contractuel ? », *Rép. Def.* 2005, art. 38115 p. 357
- « Fascicule 20 : Effets du divorce – Conséquences du divorce sur les époux. Effets d'ordre patrimonial. Sort des avantages matrimoniaux – Sort des libéralités entre époux », *Jurisclasseur civil*, Mise à jour 18 novembre 2013

### **HONDIIOUS Ewoud**

- « Les grandes familles de droit : temps pour un enterrement ? », dans les *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013

### **HUET-WEILLER Danielle**

- « Chapter 11, La survivance d'obligations pécuniaires entre époux dans le droit français du divorce », dans *Famille, Etat et sécurité économique*, sous la direction de Meulders-Klei Marie-Thérèse et Eekelaar John, Ed. Kluwer, 1985

## J

### **JADAUD Bernard**

- « Le régime juridique et la fiducie », *Petites affiches*, 10 juin 2009, n° 115, p. 5

### **JALLAIS Alain**

- « Salaire différé des descendants d'exploitants agricoles », *Jurisclasseur Art.* 816 à 842 Fasc. 70, Partage fasc. 160, 2002, page 5

### **JEANNEAU Benoît**

- « Le traitement de l'équité en droit français », dans *Travaux de l'Institut de droit comparé de Paris*, t. XXXIII, 1970, Cujas, p. 21

### **JULLIOT DE LA MORANDIERE L.**

« L'ordre public en droit privé interne », dans les *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Ed. Dalloz, 1939, p. 381

**JUNOD-FANGET Laurence**

« Exercer autrement », *AJ Fam.* 2013 p. 536

« La convention de procédure participative mise en danger par la Cour de cassation ? », *AJ Fam.* 2013 p. 105

« Convention de procédure participative », *AJ Fam.* 2013, p. 562

**JUSTON Marc**

« La médiation familiale : une impérieuse nécessité dans les tribunaux », *Gaz. Pal.* 2004, 26-28 septembre, p. 2928

« Pourquoi, quand, comment est ordonnée une médiation familiale ? En quoi constitue-t-elle un outil performant dans l'exercice des fonctions de magistrat ? », *Le médiateur familial*, n°66, mars 2010, p. 6.

« Et si les juges aux affaires familiales et les avocats se saisissaient réellement de la médiation familiale dans l'intérêt des enfants et des couples qui se séparent ? », *Gaz. Pal.* 2012, n° 327 p. 5

« Rapport « Médiation familiale et contrat de coparentalité » - Dans l'intérêt de l'enfant, la coparentalité soutenue par la médiation familiale, *Dr. Fam.* Septembre 2014, dossier 8

**K**

**KESSLER Guillaume**

« Le refus de la prestation compensatoire : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, janvier, étude n° 1

« Les dommages intérêts dans le divorce : panorama de jurisprudence », *Dr. Fam.* 2015, dossier n° 35

**KORNBROBST Marie, MASSE-PLATIERE Hubert et MULLOT-THIEBAUD Aurore**

« Obligation alimentaire », *Encyclopédie Dalloz*, septembre 2012.

**KUHN Céline**

« Une fiducie française », *Droit et patrimoine* 2007, avril p. 32

**L**

**LACHAUD Jacques**

« Les aspects essentiels de la loi d'orientation agricole 1999 », *Gaz. Pal.* 1999 II 1300

**LAFOND Jacques**

« L'enrichissement d'un époux séparé de biens dû à l'activité bénévole de son conjoint », *JCP N* 1996, p. 1316

**LAMARCHE Marie**

« Le notaire et le pacte de solidarité : précisions et incertitudes du décret du 20 août », *Dr. Fam.* 2012, octobre 2012, alerte 49

**LARDEUX Gwendoline**

« La révision du règlement Bruxelles II « bis » : perspectives communautaires sur les désunions internationales ; Partie II : La loi applicable aux désunions selon la proposition de règlement du Conseil du 17 juillet 2006 », *D.* 2008 p. 795

**LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie**

« Indemnité exceptionnelle de l'article 280-1 du Code civil : derniers soupirs », *Dr. Fam.* Décembre 2006, Commentaires, n°206 p. 50

« L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile, A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2007, janvier p. 9

« Dommages-intérêts fondés sur les articles 266 et 1382 du Code civil avant et après la loi du 26 mai 2004 », *Dr. Fam.* mai 2009, p. 25

« Art. 212 à 215, Fasc. 10 : Mariage, n° 115 », *Jurisclasseur Civil*, mise à jour du 19 octobre 2009

« Pension de réversion », *Dr. Fam.* 2011, com. n°143

« Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlements des litiges en matière familiale ? (à propos de la médiation obligatoire et de la convention de procédure participative), *Dr. Fam.* mai 2012, étude n°12

« La liberté de rupture du concubinage doit être préservée », *Dr. fam.* 2012 Mai, com. 76

« Les conventions de rupture – état des lieux », *Dr. Fam.* Mars 2015 dossier n°4

### **LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie et GARCIA Kiteri**

« Fascicule 5 – Effets du divorce – Conséquences du divorce pour les époux – Effets d'ordre patrimonial – Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux », *Jurisclasseur Code civil – art. 266 à 285-1*, m. à j. du 29 juin 2015

### **LAURENT Marie-Gabrielle**

« Le rôle du Magistrat », dans *Quelle prestation compensatoire ? Echanges entre magistrats, avocats et notaires*, Centre de recherche juridique de l'ouest, Revue juridique de l'ouest, N° spécial, 1998, p. 69

### **LA TRIBUNE**

« A Vienne, Le premier Salon du divorce n'attire pas les foules », 27 octobre 2007, sur le site internet latribune.fr

### **LACROIX Sylvie**

« Les dimensions de la médiation familiale », *Le médiateur familial*, n°67, juin 2010, p. 16

### **LAFOND Jacques**

« Notaires et avocats dans le nouveau droit du divorce », *JCP N* 2005, n°1181 p. 531

### **LEBEL Aurélie**

« Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ Fam.* 2012 p. 122

### **LEBORGNE Anne**

« Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice apaisée », *RJPF* 2015 5/8

### **LECUYER Hervé**

« La loi n°2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Etude de droit civil », *Dr. fam.* septembre 2000, p. 4

« Brèves observations sur la proposition de loi « portant réforme du divorce », *Dr. Fam.* Décembre 2001, p. 4

« De la prestation compensatoire en général, et de la déclaration sur l'honneur en particulier, *Dr. Fam.*, avril 2003, chronique n° 11

« Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2010, n° 254, p. 10

### **LEFRANC-HARMONIAUX Carole**

« L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Dr. Fam.* juillet-août 1999, p. 4

### **LE GACH PECH Sophie**



« Nouvelle pierre à verser au contentieux de la prestation compensatoire », *Gaz. Pal.* 2014, n° 36-37 p. 5

**LE GUIDEC Raymond**

« Communauté conventionnelle – communauté universelle », *Jurisclasseur Code civil*, Mise à jour 15 janvier 2014

**LE MATIN**

« Le premier salon du divorce du monde remporte un franc succès », 29 octobre 2007, sur le site internet lematin.fr

**LE MONDE**

Dépêche de l'AFP du 12 décembre 2007, « Divorce devant notaire: « une piste de travail » à discuter selon Mme Dati »

« Forte mobilisation des avocats contre le projet de réforme du divorce », 19 décembre 2007

**LEMOULAND Jean-Jacques**

« Quel apport du droit comparé au droit français des personnes et de la famille », *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Ed. LexisNexis Dalloz, 2012, p. 328

**LEMOULAND Jean et VIGNEAU Daniel**

« Droit des couples », *D.* 2012 p. 971

**LETELLIER Hugues**

« Exemple étrangers de relations patrimoniales entre époux », *JCP N* 2009 n°22, p. 44, chronique 1192

« Un nouveau régime matrimonial à la disposition de tous les couples : le régime commun franco-allemand », *Gaz. Pal.*, 31 juillet 2010, n°212, p. 24

**LIAISONS SOCIALES**

« La Halde demande l'extension aux pacsés de la pension de réversion », *Liaisons sociales*, Bref social n°15587 du 9 avril 2010, p. 3

**LIBCHABER Rémy**

« Les incertitudes de la notion de communauté », dans les *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Ed. Defrénois, 2012, p. 583

**LIENHARD Claude**

« La déclaration sur l'honneur de l'article 271, alinéa 2, du code civil », *D.* 2000, n°32, point de vue p. V

« L'approche procédurale des ententes », *AJ Fam.* 2004/6 p. 214

« Droit patrimonial du divorce : contribution méthodologique à une clarification et à une harmonisation des rôles et des fonctions des avocats et des notaires », *AJ Fam.* 10/2005, p. 35

« Le développement et la diversification des modes alternatifs de règlement des litiges », *Gaz. Pal.* 2012, n° 84 p. 24

**LINDON Raymond et BENABENT Alain**

« Prestation compensatoire et pension alimentaire », *JCP G* 1986 I 3234

**LOBIN Yvette**

« Les dommages-intérêts en matière de divorce et de séparation de corps », *JCP G* 1953 I 1109

**LUCAS Léopold**

« L'implication financière majeure : la prestation compensatoire », dans *Divorce 20 ans après*, sous l'égide de la Revue Juridique d'Ile de France, thèmes et commentaires, Dalloz, 1997, p. 107

## M

### **MAHINGA Jean-Grégoire**

« Les libéralités entre époux après la Loi n°2004-439 du 26 mai réformant le divorce », *JCP G* 2005, n°4

### **MAINGUENE Alice et MARTINELLI Daniel**

« Femmes et Hommes en début de carrière – Les femmes commencent à tirer profit de leur réussite scolaire », *INSEE Première*, n°1284, février 2010

### **MAIZY Marie-Bénédicte et CADARS BEAUFOUR Céline**

« Conséquences patrimoniales liées à la faute », *AJ. Fam.* 2011 p. 81

### **MALAURIE Philippe**

« La prestation compensatoire (Pratique et enjeux) », *Rép. Def.* 2009, p. 2585

### **MALLET-BRICOUT Blandine**

« Arbitrage et droit de la famille », *Droit et Patrimoine* 2002, p. 104

### **MARCILHACY Dominique, BICHOT Jacques et BRIARD François-Henri**

« Quels outils économiques au service de la juridiction familiale ? », *D.* 2009, p. 480

### **MARGUENAUD Jean-Pierre**

« L'attribution forcée d'un bien propre à l'ex-conjoint au créancier à l'épreuve de l'article 1 du Protocole 1 », *RTDCiv.* 2014 p. 841

### **MARTIN Claude**

« Solidarités familiales : l'illusion du renouveau », dans *Familles, Permanence et métamorphoses*, sous la direction de Jean-François Dotier, Ed. Sciences Humaines, 2002, p. 107

### **MARTIN SAINT-LEON Dominique**

« L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale », *Gaz. Pal.* 2002, Doctrine, p. 1576

« Le calcul de la prestation compensatoire », *AJ Fam.* 2005, n°3/2005 p. 95

« Méthodes de calcul : point de vue d'un magistrat », *AJ Fam.* 2010 p. 360

### **MASSIP Jacques**

« La réforme du divorce », *Rép. Def.* 1976 n°31047, p. 185

« La réforme des prestations compensatoires après divorce, commentaires de la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 », 1<sup>ère</sup> partie, *Petites affiches* n°11, 16 janvier 2001, p. 4,

« La réforme des prestations compensatoires après divorce, commentaires de la loi n°2000-596 du 30 juin 2000 », 2<sup>ème</sup> partie, *Petites Affiches* n°12, 17 janvier 2001, p. 7

« Les dommages-intérêts accordés en raison des conséquences d'une particulière gravité résultant du divorce », *Petites affiches*, 28 janvier 2010, n°20, p. 11

« Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », *Rép. Def.* 2013, p. 737

### **MATOCQ Olivier**

« Les accords et les conventions dans le nouveau droit du divorce », *AJ Fam.* 1/2006 p. 17

### **MAUGER-VIELPEAU Laurence**

« Un pas de plus vers l'uniformisation des modes de conjugalité », *L'Essentiel Droit de la famille et des personnes*, 10 février 2010, n° 2 p. 1

« Le pacs est définitivement un mariage-bis ! », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes*, 15 septembre 2010 n°8 p. 3

« Fixation de la prestation compensatoire et anticipation du divorce », *Petites Affiches*, 3 juin 2014, p. 33

**MESTRE Jacques et FAGES François**

« Jurisprudence française en matière de droit civil, Obligations et contrats spéciaux », *RTDCiv.* 2001, p. 893

**MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse**

« Rapport général de synthèse » dans *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIIIes Journées d'études juridiques Jean Dabin organisée par le Centre de Droit de la Famille les 25-26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert*, Ed. Bruylant, 1978, p. 746

« Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale : analyse comparative », *RIDC* 1997, p. 383

**MICHAUD P.**

« La prestation compensatoire, le législateur et le juge », *Gaz. Pal.* 1987 I Doctrine p. 173

**MOLFESSIS Nicolas**

« La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000 I 210

**MOLIERE Aurélien**

« Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales – Le choix du régime », *Dr. Fam.* 2013, n°7, n° 20

« Les compensations entre époux – Aperçu comparatif de la pension alimentaire et de la prestation compensatoire », *Dr. Fam.* Avril 2015, dossier n°25

**MULON Elodie**

« Le pacs : un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007, n°4 p. 8

« Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2014, n°19 à 20, p. 8

**MUNCANY-PERVERS Elisabeth**

« Pensions alimentaires et prestations compensatoires : quelles méthodes d'évaluation ? Propos introductifs », *AJ Fam.* 2005, n°3/2005, p. 84

**MURAT Pierre**

« Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », dans les *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, Ed. Lexis Nexis – Dalloz, 2012, p. 422

**N**

**NEIRINCK Claire**

« Vers un droit commun de la rupture ? », *Les petites affiches*, 20 décembre 2007, n°254, p. 28

« Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », (2008) *C. de D.* 551

« Ruptures des couples : à la recherche de l'apaisement des conflits », *Dr. Fam.* Mars 2015, dossier n°1

**NIORT Jean-François**

« Le nouveau Code civil du Québec et la théorie de la codification : une perspective française », *Droits* 1996 p. 135

**NIVET François**

« Equité et légalité », *Justices* 1998 n°9 p. 157

**NOTTE Gérard**

« Loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les hommes et les femmes », *JCP G* 2006, n° 14-15 p. 651

**NOREAU Pierre**

« Formes et signification de la vie familiale : des liens entre famille, espace public et le droit », dans *Démographie et famille, Les impacts sur la société de demain, Les actes du colloque*, Conseil de la famille et de l'enfance, 2001, p. 45

**O****OLIVIER Stephen**

« Les incidence du divorce sur les avantages matrimoniaux et les donations entre époux en droits interne, international privé, européen et comparé, *Petites Affiches* 12 décembre 2014, p. 7

**LOUDIN Federica**

« Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n°2 p. 6

**OURLIAC Paul**

« L'évolution de la condition de la femme en droit français », dans les *Annales de la Faculté de Toulouse*, 1966, p. 43

**P****PAJOT-MARIVIN Marie-Armelle**

« Le rôle de l'avocat », dans *Quelle prestation compensatoire ? Echanges entre magistrats, avocats et notaires*, Centre de recherche juridique de l'ouest, Revue juridique de l'ouest, N° spécial, 1998, p. 45

**PANSIER Frédéric-Jérôme**

« De la contractualisation de droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier », *Gaz. Pal.* 6 mars 1999, Doctrine p. 287

**PETERKA Nathalie**

« Clarifications et reculs du droit des personnes et de la famille. – A propos de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 », *JCP G.* 2015, 2 mars 2015, n° 9 p. 243

**PETIT Carole**

« Non assimilation du PACS au mariage pour la délivrance d'une carte de séjour : le Conseil constitutionnel botte en touche », *Dr. Fam.* 2013, juillet 2013, com. 101

**PIASTRA Raphaël**

« Loi relative au PACS », *D.* 2000, doctrine p. 203

**PIEDELIEVRE Stéphane**

« Participation aux acquêts », dans *Jurisclasseur civil*, Art. 1569 à 1581, Mise à jour 1996  
« L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, chronique p. 2512

**PIERRON J.**

« La nature juridique de la pension alimentaire allouée en cas de divorce », *JCP* 1950 I 852

**PIWNICA Dominique**

« Évaluation de la prestation compensatoire : un exercice divinatoire ? », *AJ Fam.* 2013 p. 12

**POIVEY-LECLERCQ Hélène**

« La nouvelle prestation compensatoire après la réforme de 2004 », *Droit et patrimoine*, avril 2005, n°136

**POIVEY-LECLERCQ Hélène et WEISS-GOUT Béatrice**

« La procédure participative », *Gaz. Pal.* 2012, n° 84 p. 17

**POLI Catherine**

« Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation », *Revue Lamy Droit Civil* 2011, n°88

**POTENTIER Philippe**

« Obligation alimentaire et aide sociale », *Dr. Fam.* Mai 2006, n°22, p. 23

**POULPIQUET Jeanne**

« Les prestations compensatoires après divorce », *JCP G* 1977 I 2856

**PUYGAUTHIER Jean-Luc**

« La prestation compensatoire après la réforme du divorce par la Loi du 26 mai 2004 », *JCP N* 2005 I 1001, p. 17

**Q**

**QUETANT Guy-Patrice**

« A propos du contrat de travail entre époux », *Rép. Def.* 2005, art. 38130 p. 486

**R**

**RAFFI Rémy**

« Statut de conjoint collaborateur : évolution récente et difficultés d'application », *Petites affiches*, 5 août 2009, p. 6

**RANDOUX Dominique**

« Le conjoint du chef d'une entreprise artisanale ou commerciale : collaborateur, salarié ou associé (Loi n°82-596 du 10 juillet 1982) », *JCP G* 1983 I 3103

**RAULT Wilfried et LETRAIT Muriel**

« Choix du pacte civil de solidarité et rapport à la religion », *Politiques sociales et familiales* n°96, juin 2009, p. 41

**REBOURG Muriel**

« La primauté du devoir de secours ente époux sur les obligations découlant de la parenté », *Dr. Fam.* 2011, étude n° 7

**REIGNIER-LOILIER Arnaud**

« L'arrivée d'un enfant modifie-t-elle la répartition des tâches domestiques au sein du couple ? », *Population & Sociétés*, n° 461, novembre 2009

**REVEL Jeannine**

« L'article 214 du Code civil et le régime de la séparation de biens », *D.* 1983, Chron. 21

**REVILLARD Mariel et CRONE Richard**

« Le règlement Rome III sur les divorces internationaux – Analyses et formules sur le choix de la loi applicable », *Rép. Def.* 2012, p. 560

**RIEG Alfred**

« La participation aux acquêts en Allemagne et en France, deux visages d'une même institution », dans *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 921

**RINGOT Audrey**

« Médiatrice familiale au sein de la Commission « Médiation familiale et contrat de coparentalité » : ouvrir l'espace de médiation familiale au législateur », *Dr. Fam.* Septembre 2014, dossier 10

**RIPERT Georges**

«Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce », *D.H.* 1927 p. 53

**RONGEAT-LOUDIN Federica**

« La médiation familiale : aspects juridiques et politiques », *RJPF* février 2010, Analyse  
« Droit de la famille collaboratif et médiation familiale : union ou désunion ? », *RJPF* 2011, n°2

**ROUJOU DE BOUBEE Marie-Eve**

« Une institution qui se veut nouvelle : la prestation compensatoire après divorce », dans *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, p. 977

**ROUSSEL Frédéric et MROZ Hubert**

« Regards sur la loi du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie », *Droit & Patrimoine* octobre 2008, p. 30

**ROVINSKI Jean**

« Réflexions critiques sur l'article 280-1 du Code civil pour une réforme du divorce pour faute », *Gaz. Pal.* 16 juillet 1998, p. 892

**RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline**

« Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTDCiv.* 1987 p. 298  
« Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », *JCP G* 1999, aperçu rapide p. 1909

**RUELLELAND Nadine**

« Le traitement des affaires pénales par sept parquets d'Ile de France en 2003 », *Infostat Justice*, n°75, juillet 2004

**S**

**SAK Hans**

« Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *R.R.J.* 2002-4, p. 1679

**SAUJOT Colette**

« Les articles 267 à 269 C.civ. : une apparente simplicité », *Rép. Def.* 1989, Art. 34566, p. 888

**SAGAUT Jean-François**

« Couples au XXIe siècle : le nécessaire état des lieux des conjugalités », *Petites affiches* 2010, n°101 p. 11

**SAUVAGE François**

« Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », *Rép. Def.* 2004, Article 38038, p. 1425

**SAVATIER René**

« L'évolution du régime de séparation de biens », *Rev. crit. législ. et jur.* 1937, p. 48

« La finance ou la gloire : option pour la femme mariée ? Réflexions sur la réforme des régimes matrimoniaux », *D.* 1965, chron. n°XXXII, p. 135

**SAYN Isabelle**

« Un barème pour fixer les contributions à l'entretien et à l'éducation des enfants ? - Note d'étape », *AJ Fam.* Janvier 2010, p. 34

« Analyse juridique », *Dr. Fam.* mars 2010 p. 20

**SERIAUX Alain**

« La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTDCiv.* 1997, n°1 p. 53

**SERRA Guillaume et WILLIATTE-PELLITTERI Lina**

« Droit du divorce, janvier 2006 – décembre 2006 », *D.* 2007 n°9 p. 608

**SERVERIN Evelyne**

« Les processus juridiques de répartitions du coût de la prise en charge des personnes âgées entre la solidarité familiale et la solidarité sociale », *RD sanit. soc.* 28(3) juil.-sept. 1992, p. 526

« Les solidarités étatiques à l'épreuve des politiques sociales : aide sociale et soins hospitaliers », dans *Obligation alimentaire et solidarités familiales, Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales*, sous la Direction de Choquet Luc-Henry et Sayn Isabelle, *Droits et Sociétés*, n°31, 2000, p. 104

« Introduction. Contexte et implicite de l'emploi du terme « contractualisation », dans *Approche critique de la contractualisation*, Ed. L.G.D.J., 2007, p. 95

**SIGALAS Pierre-André et DE POUPLIQUET Jeanne**

« Demande en paiement de prestation compensatoire et action de in rem verso, à propos d'un jugement du Tribunal de grande instance de Châteauroux du 13 décembre 1984 », *JCP G* 1985 I 3197

**SILVERA Rachel**

« Les salaires : toutes choses inégales par ailleurs ? », dans *Les nouvelles frontières de l'inégalité, Hommes et femmes sur le marché du travail*, sous la direction de Maruani Margaret, Ed. La découverte / Mage, 1998, p. 127

**SIMLER Philippe**

« Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux », *Dr. Fam. H.S.* Décembre 2000, p. 30

« Les emprunts et cautionnements des époux : le désordre généré par l'art. 1415 du Code civil », *JCP N.* 2009 n°22, Chron. n°1188, p. 26

« Le nouveau régime matrimonial optionnel franco-allemand de participation aux acquêts », *JCP N.* 2010, n°20 du 21 mai 2010, 1203

« Régime juridique de la société d'acquêts adjointe à une séparation de biens », *Rép. Def.* 2012, p. 1259

« Dossier régime matrimonial optionnel franco-allemand » : Avant-propos », *AJ. Fam.* 2014 p. 400

**SIMLER Philippe et HILT Patrice**

« Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G* 2006 I 161

**SINAY-CYTERMANN Anne**

« Enrichissement sans cause et communauté de vie, Incidences de la loi du 10 juillet 1982 », *D.* 1983, Chron. XXIX, p. 159

**SUMMA Francine**

« Bilan et perspectives d'avenir de la médiation familiale en France et à l'étranger (1990 à 2005) », *AJ Fam.* 2006/4 p. 155

**T**

**THIBIERGE Louis**

« Arbitrage et volonté », *Droit et Patrimoine* 2012, p. 215

**THERY Irène**

« Pacs, sexualité et différence des sexes », *Esprit* octobre 1999 p. 139

**THOURET Sylvain**

« Le Pacs: techniques de rédaction et esquisse de contrat », *Petites affiches* 10 mars 2000, n°50 p. 4

« Prestation compensatoire : inconstitutionnalité de l'exclusion de certaines sommes dans la détermination des besoins et des ressources des époux », *AJ. Fam.* 2014 p. 427

« Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : relations du couple », *AJ. Fam.* 2014, p. 662

« Mariage, Pacs, concubinage : le guide : la fiscalité du couple », *AJ. Fam.* 2015 p. 18

« Résolution amiable des différends : entrée dans une nouvelle ère », *AJ. Fam.* 2015 p. 212

**TIRVAUDEY Catherine**

« L'office du juge en matière de convention de procédure participative », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214

**TISSERAND Alice**

« Régimes Matrimoniaux », *JCP G* 1998 I 135, p. 869

« Devoir de loyauté et information entre époux divorçant », dans *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Ed. LexisNexis Dalloz 2006, p. 212

**TRICOIT Jean-Philippe**

« Convention de procédure participative et conciliation : quelle parenté ? », *Droit et Patrimoine* 2012, n° 214

**V**

**VAILLY Dominique**

« Analyse de la consultation lancée à la fin de l'année 2004 auprès des cabinets d'avocats, *AJ Fam.* 2005, n°3/2005, p. 86

**VALORY Stéphane**

« Les mesures postérieures à la réforme sur les donations entre époux et les avantages matrimoniaux », *Droit et Patrimoine*, novembre 2007, n°164, p. 62

**VAREILLE Bernard**

« Le choix de la société d'acquêts », *Rép. Def.* Décembre 2012, Editorial

**VASSAUX Joëlle**

« Financement du logement de la famille par un époux séparé de biens », *JCP G* 2013 doctrine n° 518

**VAUVILLE Frédéric**



« La fin du pacte civil de solidarité », *Droit & patrimoine* 2001, n°91 p. 26

**VIGANOTTI Elisa**

« Dossier Mariage, pacs, concubinage : le guide : La séparation du couple », *AJ. Fam.* 2014, p. 678

**VIGNEAU Christophe**

« Les rapports entre solidarité familiale et solidarité sociale en droit comparé », *R.I.D.C.* 1999, p. 51

**W**

**WITZ Claude**

« Fascicule 10 Fiducie – Introduction et constitution », *Jurisclasseur Civil*, Mise à jour du 8 mars 2012

**Y**

**YVON Rose**

« Le rôle du notaire dans la médiation familiale », dans *La médiation*, Ed. Dalloz, 2009, p. 59

**C. Autres droits**

**B**

**BAKER Katharine K.**

« Contracting for Security : Paying Married Women What they've Earned », [1988] 55 *The University of Chicago Law Review* p. 1193

**BOSCH F.W.**

« Bemerkungen zum « Gleichberechtigungsgesetz », *FamRZ* 1957 p. 189

**BRINIG Margaret**

« Does Mediation Systematically Disadvantage Women ? », [1995] 2 *Wm. & Mary J. Women & L.* 1

« Family », dans *The Elgar Companion to Law and Economics*, sous la direction de Backhaus Jürgen G., Ed. Edward Elgar, 2006, p. 103

**C**

**CARBONE June**

“Economics, Feminism and the Reinvention of Alimony : A Reply to Ira Ellman”, [1990] 43 *Vanderbilt Law Review* 1463

“The futility of coherence: the ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payments” (2002) 4 *J. of Law and Family Studies* 43

**CARBONE June et BRINIG Margaret**

« Rethinking Marriage : Feminist Ideology, Economic Change, and Divorce Reform », [1991] 65 *Tulane Law Review* 953

**COUVELAIRE Louise**

« Le Mexique invente le mariage à durée déterminée », *Le Monde*, 7 octobre 2011

## E

### **EICHLER Margrit**

*Family Shifts, Families, Policies, and Gender Equality*, Oxford University Press, 1997, p. 18

### **ELLIS Jane**

« New Rules for Divorce : Transition Payments » (1993-94), 32 *U. Of Louisville J. of Fam. L.* 601

## F

### **FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG**

« Pauli fordert Ehe auf Zeit », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19.09.2007

## K

### **KRAUSKOPF Joan M.**

« Recompense for Financing Spouse's Education : Legal Protection for the Marital Investor in Capital Human », [1980] 28 *Kansas Law Review* 379

### **KRONBLICHER Maria**

« Du, glückliches Österreich, lass dich scheiden », *Die Presse*, 28 octobre 2007, trouvé sur [www.diepresse.at](http://www.diepresse.at)

## M

### **MACKAAY Ejan**

“History of Law and Economics”, dans *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I, The History and Methodology of Law and Economics*, sous la direction de Bouckaert Boudewijn et De Geest Gerrit, Ed. Edward Elgar, 2000, p. 65

### **MAGUIRE SHULTZ Marjorie**

« Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy », [1982] 70 *California Law Review* 204

## S

### **SINGER Jana**

« Alimony and Efficiency : The Gendered Costs and Benefits of the Economics Justifications for Alimony » (1994), 82 *Georgetown Law Journal* 2423

### **SUGARMAN Stephen D.**

« Dividing Financial Interests on Divorce » dans *Divorce Reform at the Crossroads*, Yale University Press, 1991

## T

### **TAKIZUWA Itsuma**

« Quelques aspects du droit japonais de la famille », dans *Etudes de droit japonais, Volume 2*, Ed. Société de législation comparée, 1999, p.55

## W

### **WANG T.C. et KATSUMI Yoshida**

« Fascicule Japon », *Jurisclasseur Droit comparé*, m. à j. juillet 2010

### **WILLIAMS Joan**

« Is Coverture Dead ? Beyond a New Theory of Alimony », (1994) 82 *Georgetown Law Journal* 2227

### **ZAJTAY Imre**

« Les régimes matrimoniaux du droit hongrois », *RIDC* 1949, p. 274

« Quelques projets de réforme du régime matrimonial légal en France, Belgique et Allemagne », *RIDC* 1955 p. 572

## IV. Notes et observations

### A

#### **AUBERT Jean-Luc**

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 1997, *D.* 1998 p. 111

### B

#### **BADET Maryse**

CE 6 juin 2001, *RD sanit. soc.* 37(4), oct.-déc. 2001, p. 853

#### **BARDOUT Jean-Claude**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, *AJ. Fam.* 2013 p. 598

#### **BATTEUR Annick**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 25 janvier 1984, *JCP G* 1986 II 20540

#### **BEIGNIER Bernard**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 novembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, juris. n°11

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, *Dr. Fam.* 1998, n°14

CA Bordeaux, 21 octobre 1999, *Dr. Fam.* 2001, jurisprudence n°83

#### **BENABENT Alain**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 16 janvier 1980, *D.* 1980 IR p. 438, obs. Bénabent Alain

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1984, *D.* 1985, IR 173

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 1995, *JCP G* 1995 II 22407, p. 128

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 décembre 1997, *Rép. Def.* 1998, art. 36765

#### **BINET Jean-René**

Cour d'appel de Paris, 13 juin 2013, *Dr. Fam.* octobre 2013, com. 133

Cour d'appel de Bourges, 14 février 2014, *Dr. Fam.* 2014, com. 54

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 septembre 2014, *Dr. Fam.* 2014, com. 154

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Dr. Fam.* Décembre 2014

CA Bourges, 29 janvier 2015, *Dr. Fam.* Avril 2015, com. n°66

Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2015 *Dr. Fam.* Mai 2015, com. n°88

Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 2015, *Dr. Fam.* Mai 2015, com. n°88

**BRETON André**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 janvier et 30 mai 1979, *D.* 1981, 241  
CA Versailles, 7 janvier 1980, *Rép. Def.* 1981, Art. 32552  
CA Versailles, 17 mars 1980, *Rép. Def.* 1981, art. 32512

**C****CHAMPAUD Claude et DANET Didier**

Cass. com., 23 juin 2004 (deux décisions), *RTDCom.* 2004, p. 741

**CHAMPENOIS Gérard**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 24 octobre 1978, *Rép. Def.* 1979, art. 32038  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mai 1984, *Rép. Def.* 1985, art. 33560

**CHAUCHAT-ROZIER Guillaume**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 octobre 2010, *Revue Lamy Droit Civil* 2010, n° 77

**COMBALDIEU**

Cass. cass ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, p. 201

**D****DARMOIS Valentine**

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 2015 n° 4 à 6 p. 38

**DAVID Stéphane**

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 2004, *AJ Fam* n°3/2004, p. 101  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2005, *AJ. Fam.* 2005, n°4 p. 143  
Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2007, *AJ. Fam.* 2007, 7/8, juillet août, p. 26  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, *AJ. Fam.* 2011, p. 48  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2011, *AJ. Fam.* 2011, p. 372  
Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 décembre 2011, *AJ. Fam.* 2012, p. 106  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 2012, *AJ. Fam.* 2012, p. 223  
Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 octobre 2014, *AJ. Fam.* 2014 p. 698

**E****EGEA Vincent**

CEDH, 5<sup>ème</sup> section, 10 juillet 2015, Milhau c. France, *Dr. Fam.* Octobre 2014

**G****GABORIAU Bertrand**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 janvier 2005, *JCP G* 2006 II 10104

**GARE Thierry**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 2002, *RJPF* 2002/9 p. 16  
Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 avril 2015, *RJPF* 2015/6 p. 27

**H****HAUSER Jean**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mai 1996, *RTDCiv.* 1996 p. 585

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 3 février 2004, *RTDCiv.* Avril/juin 2004 p. 272  
Cass. com., 4 avril 2006, *RTDCiv.* 2006, juillet-septembre, p. 546

**HAUSER Jean et HUET-WEILLER Danièle**

CA Paris, 18 avril 1991, *RTDCiv.* 1991, p. 718

**HERAIL Jean**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1992, *JCP N* 1993 II p. 45

**HISQUIN Jean-Marie**

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, *Petites affiches* 24 janvier 2014 p. 9

**L**

**LABBE J.-E.**

Cass. Req., 15 juin 1892, *DP* 1892.1.596, *S.* 1893.1.281

**LAMARCHE Martine**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 29 mai 2013, *Dr. Fam.* 2013, n°7, alerte 39

**LARRIBEAU-TERNEYRE Virginie**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 5 juillet 2005, *Dr. Fam.* octobre 2005, p. 25

CA Nancy, 3 avril 2006, *Dr. Fam.* juin 2007, com. n°120 p. 26

CA Aix-en-Provence, 13 avril 2006, *Dr. Fam.* décembre 2006, com. n°206 p. 50

CA Paris, 9 novembre 2006, *Dr. Fam.* février 2007, com. 30 p. 25

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2007, *Dr. Fam.* février 2007, com. n°37

Cour d'appel de Paris, 24<sup>ème</sup> chambre, 20 février 2008, *Dr. Fam.* avril 2008, com. n°55

Cass. civ. 16 avril 2008, *Dr. Fam.* 2008, com. n° 83

Conseil constitutionnel, 13 juillet 2011, *Dr. Fam.* 2011, com. 148

Cour d'appel de Pau, 30 janvier 2012, *Dr. fam.* n° 5, com. 76

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 2012, *Dr. Fam.* Avril 2012, com. n° 63

Civ. 1<sup>ère</sup> du 10 octobre 2012, *Dr. Fam.* 2012, décembre 2012, com. 180

CA Bastia, 31 octobre 2012, *Dr. Fam.* Février 2013, com. n°23

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 2012, *Dr. Fam.* 2013, com. n°28

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 janvier et 6 mars 2013, *Dr. Fam.* 2013, com. n°51

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mars 2013, *Dr. Fam.* 2013, com. n°64

**LEBORGNE Anne et GARE Thierry**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 10 mars 2005, *RJPF* 2005-6/20, p. 13

**LINDON Raymond et BENABENT Alain**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 février 1985, *JCP G* 1986 II 20580

**LECUYER Hervé**

CA Bordeaux, 26 mars 1996, *Dr. Fam.* novembre 1996, n°11 p. 14

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mai 1996, *Dr. Fam.* 1996, com. n°12

Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 février 1997, *Dr. Fam.* 1997, n°105

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 1997, Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 octobre 1997 et Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 2 décembre 1998, *Dr. Fam. H.S.* 2001p. 120

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 19 novembre 1997, *Dr. Fam.* 1998, n°53

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 7 avril 1998, *Dr. Fam.* 1998 *Juris.* N°81

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 10 février 1998, *Dr. Fam.* 1998, n°53

CA Rennes, 23 novembre 1998, *Dr. Fam.* 1999, n°98, 3<sup>ème</sup> espèce

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 mai 1999, *Dr. Fam.* Septembre 1999, p. 20

CA Paris, 17 février 1999, *Dr. Fam.* Septembre 1999, p. 21, *juris.* n°98

CA Rennes, 29 janvier 2001, CA Rennes, 30 octobre 2000, CA Nîmes, 7 mars 2001, *Dr. fam.* 2001 n°81  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2002, *Dr. Fam.* 2002, com. n°87  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 mai 2002, *Dr. Fam.* 2002, n°126

## M

### **MBALA MABALA Félicitée**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2011, *AJ. Fam.* 2011 p. 326

### **MASSIP Jacques**

CA Caen, 13 mars 1980, *Rép. Def.* 1981, Art. 32733 p. 1236  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 mars 1983 (2<sup>ème</sup> espèce), *D.* 1984 p. 17  
Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 20 mars 1989, *D.* 1989, 582  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 9 mai 1988, *D.* 1989 juris. p. 289  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 mai 1999, *Rép. Def.* 2000, art. 37096  
CA Nîmes, 30 août 2000, CA Paris, 15 novembre 2000, *Petites Affiches*, 6 avril 2001 n°69, p. 18  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 23 janvier 2003, *Petites affiches*, 13 octobre 2003, n°204, p. 16  
Cass. com., 8 octobre 2003 (deux décisions), *Petites affiches*, 3 mai 2004, n°88, p. 16  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, *Petites affiches*, 28 janvier 2010, n°20, p. 11  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 décembre 2009, *Rép. Def.* 2010 p. 605  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 octobre 2013, *Petites affiches* 2013, n° 243 p. 12

### **MAYAUX Luc**

Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 avril 1990, *D.* 1991, 126

## N

### **NICOD Marc**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *D.* 2000, som. p. 428

## P

### **PATAUT Etienne**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 1997, *JCP G II* 10033

### **PHILIPPE Catherine**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup> 25 janvier 1984, *D.* 1984 juris. p. 442  
Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 27 juin 1985, *D.* 1986, p. 230

### **PIWNICA Dominique**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, *JCP G* 2009 n°49, p. 44, chronique n°407

### **PONSARD André**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 9 janvier, 30 mai et 10 juillet 1979, *Rép. Déf.* 1980, Art. 32174 p. 44

### **POTIRON Gérard**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 6 février 1985, *D.* 1986, p. 452

## R

### **RAOUL-CORMEIL Gilles**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 17 octobre 2007, *D.* 2008 p. 200

**REGLIER Anne-Claire**

CA Metz, 8 janvier 2015, *Dr. Fam. Avril 2015*, com. n°70

**REMY Philippe**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mars 1973, *D.* 74 p. 453

**S**

**SAINTOURENS B.**

CA Paris, 6 avril 1999, *Bull. Joly Soc.* 1999, n°270 p. 1168

**STORCK Michel**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1998, *JCP G* 1998 I 183

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 novembre 1998, *JCP G* 1999 I 154

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 juin 2002, *JCP G.* I 111, n°22

**T**

**TISSERAND Alice**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2006, *JCP G.* 2006, I 193, p. 2213

**TORRICELLI-CHRIFI Sarah**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2014, *Dr. Fam. Avril 2014*, com. 63

**TRAVADE-LANNOY Stéphanie**

Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 octobre 2014, *Gaz. Pal.* 2015 n° 4 à 6 p. 38

**TUNC André**

Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975 p. 679

**V**

**VAREILLE Bernard**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1995, *RTDCiv.* 1997, p. 497

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 1997, *RTDCiv.* 1998, p. 731

**VALORY Stéphane**

Cass. com., 13 juin 2006, *RJPF* 2006, n°10 p. 27

**VAUVILLE Frédéric**

Cass. com., 15 novembre 2005, *RJPF* 2006, n°4 p. 18

**W**

**WIEDERKEHR Georges**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1991, *JCP N* 1992, II 201

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 2000, *JCP G* 2000 I 245, n°1

**Y**

**YAMBA Germain**

Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 9 juillet 1997, *D.* 1998, p. 544

**V. Travaux parlementaires**

## A

### **ASSEMBLEE NATIONALE DU QUEBEC**

*Débats de l'Assemblée nationale, 31<sup>ème</sup> session, 1980-1981, 4 décembre 1980*

## B

### **BETEILLE Laurent**

*Proposition de loi n°31 du 15 octobre 2008 relative à l'exécution des décisions de justice et aux conditions d'exercice de certaines professions règlementées*

### **BRANGER Jean-Guy**

*Rapport d'information n°229 (2004-2005) fait au nom de la délégation aux droits des femmes, déposé au Sénat le 9 mars 2005*

### **BRETON Marie-Elisabeth**

*Rapport d'information n° 3294 fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur la proposition de loi relative à la réforme du divorce, déposé le 3 octobre 2001 à l'Assemblée Nationale*

## C

### **COLCOMBET François**

*Proposition de loi relative à la réforme du divorce, n° 3189 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2001*

*Rapport n° 3299 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi relative au divorce*

### **COMITE SPECIAL MIXTE DU SENAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES**

*Rapport du Comité spécial mixte du sénat et de la chambre des communes chargé d'enquêter sur le divorce, Sénat, juin 1967*

## D

### **DELNATTE Patrick**

*Rapport n° 1513 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi adopté par le Sénat (n°1338), relatif au divorce*

### **DONNEZ Georges**

*Rapport fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la Législation et de l'administration générale sur le projet de Loi portant réforme du divorce, N°1681, Assemblée Nationale, 1974-1975*

### **DETRAIGNE Yves**

*Rapport n° 394 fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 mars 2011 sur le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*

## F

### **FOYER Jean**



*Rapport, Doc. Sénat, n°131, 1<sup>ère</sup> session ordinaire de 1964-1965*

## G

### **GELARD Patrick**

*Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, relatif à la réforme du divorce, annexé au procès-verbal de la séance du 20 février 2002*

*Rapport n°120 (2003-2004) fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi relatif au divorce, rendu le 17 décembre 2003*

## H

### **HUYGHE Sébastien**

*Rapport n°2859 du 8 février 2006, relatif au projet de loi (n°2427) portant réforme des successions et des libéralités*

### **HYEST Jean-Jacques**

*Rapport 291 (1999-2000), Commission des lois, Proposition de loi, modifiée par l'Assemblée nationale, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, Sénat, 2000*

*Rapport 120 (2003-2004) – Commission des Lois, Le divorce, Sénat, 2004*

## L

### **LECANUET Jean**

*Projet de Loi portant réforme du divorce, N°1560, Assemblée Nationale, 1974-1975*

### **LECLERQ Dominique**

*Sénat, Avis 151 (98-99) - Commission des Affaires Sociales, Projet de loi d'orientation agricole*

## M

### **MARCILHACY Pierre**

*Doc. Sénat, n°144, 1<sup>ère</sup> session ordinaire 1964-1965*

### **MARINI Philippe**

*Proposition de loi instituant la fiducie n°178, Sénat, session ordinaire 2004-2005*

## P

### **PECRESSE Valérie**

*Rapport d'information n° 2832 de la Mission d'information sur la famille et les droits des enfants, L'enfant d'abord, 100 propositions pour placer l'intérêt de l'enfant au cœur du droit de la famille, Assemblée Nationale, 2006*

## R

### **ROUBAUD Jean-Marc**

Proposition de Loi n°336 *tendant à modifier les conditions du maintien de la prestation compensatoire en cas de remariage du conjoint créancier de ladite prestation*, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 26 octobre 2007

## T

### **TASCA Catherine et MERCIER Michel**

*Sénat – Rapport d'information n° 404 – Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, février 2014

## V

### **VIDALIES Alain**

*Rapport n°2114 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à la prestation compensatoire en matière de divorce*, Rapport rendu le 26 janvier 2000

## **VI. Jurisprudence québécoise et canadienne**

### A

- *A. c. B. Droit de la Famille – 102866 (C.A.) [2010] R.D.F. 659 à 690*

### B

- *Bains c. Bains [2008] A.J. n°537 (Q.B.)*
- *Bank of Montreal c. Besner et Dame Gross, (1947) 43 B.R. 148*
- *B.D. c. S.Du. (2006) QCCS 1033, EYB 2006-101965*
- *Beaudoin c. Daignault, [1982] C.A. 66*
- *Beaudoin-Daignault c. Richard, [1984] 37 R.F.L. (2d) 225*
- *Beaumont-Butcher c. Butcher, [1982] C.S. 893*
- *Board v. Board [P.C.] [1919] 2 WWR 940*
- *Boston c. Boston, [2001] 17 R.F.L. (5th) 4*
- *Bracklow c. Bracklow, (1995) 13 R.F.L. (4<sup>th</sup>) 184, [1995] B.C.J. N°457 (Cour supérieure de la Colombie Britannique)*
- *Bracklow c. Bracklow, (1997) 30 R.F.L. (4th) 313, [1997] B.C.J. N°1376*
- *Bracklow c. Bracklow, [1999] 1 R.C.S. 320*

### C

- *C. (C.) c. G. (M.), J.E. 2002-566 (C.S.)*
- *C. (M.) c. K. (C.), [2001] R.D.F. 913*
- *C.B. c. S.BE., AZ-50181169 (C.S.)*
- *Cantin c. Comeau, [1972] C.A. 523*
- *Caron c. Caron, [1987] 1 R.C.S. 892*
- *Clelow c. Clelow [2004] O.J. No3468 (S.C.J.)*

### D

- *D. (G.) c. Gi. (N.)*, REJB 2001-26436 (C.A.)
- *Dame Gauthier c. Dragon* [1957] C.S. 89
- *Denis Denis c. Cécile Benoit*, C.S. no 200-05-006243-963
- *Depauw c. Depauw*, [2004] 1 R.F.L. (6<sup>th</sup>) 151
- *Droit de la Famille – 67*, [1985] C.A. 135 à 155, p. 144
- *Droit de la Famille – 698*, [1989] R.J.Q. 2261 (C.A.)
- *Droit de la famille – 803*, [1990] R.J.Q. 957
- *Droit de la famille – 980*, [1991] R.J.Q. 1104 (C.S.)
- *Droit de la Famille – 991*, EYB 1991-75898 (DCL)
- *Droit de la Famille – 895*, C.S. no 500-09-000044-859
- *Droit de la famille – 977*, AZ-91011410, J.E. 91-677, [1991] R.J.Q. 904
- *Droit de la famille – 1051* [1986] R.D.F. 557
- *Droit de la famille – 1463*, (1991) R.J.Q. 2541 (C.A.)
- *Droit de la famille – 1599*, [1992] R.J.Q. 1568 (C.S.)
- *Droit de la famille – 1614*, [1992] R.D.F. 337
- *Droit de la Famille – 2058* (1997) R.D.F. 436 (C.A.)
- *Droit de la Famille – 2110*, (1995) R.J.Q. 99 (C.A.)
- *Droit de la famille – 3322*, REJB 1999-12372 (C.S.)
- *Droit de la famille – 3336*, [1999] R.D.F. 465 (C.S.)
- *Droit de la famille – 3418*, [2000] R.D.F. 593 (C.A.)
- *Droit de la famille – 08882*, 2008 QCCS 1512
- *Droit de la famille – 083344*, 2008 QCCS 6253
- *Droit de la famille – 092685*, 2009 QCCA 5000
- *Droit de la Famille – 102866* (C.A.) [2010] R.D.F. 659 à 690
- *Droit de la famille – 112606*, 2011 QCCA 1554
- *Droit de la famille – 132380*, 2013 QCCA 1504
- *Droit de la Famille – 13879*, 2013 QCCS 1752

## F

- *Fletcher v. Fletcher* [1920] 1 WWR 5
- *Fine (Succession de) c. Bordo*, AZ-98021621, J.E. 98-1343, [1998] R.J.Q. 1823

## G

- *Gagnon c. Dauphinois et Chartrand*, (1977) C.S. 532
- *Gagnon c. Richard*, J.E. 82-26 (C.A.)
- *G.(L.) c. B.(G.)*, [1995] 3 R.C.S. 370
- *Gregory Wald c. John Horning*, Cour suprême de la Colombie Britannique, no C980002, Canlii
- *G.V. c. Q.C.* (2006) QCCA 263

## H

- *Hartshorne c. Hartshorne*, [2004] 1 S.C.R. 550
- *Hyman c. Hyman*, [1929] A.C. 601
- *J.P. c. R.P.*, [2004] R.D.F. 821 (C.S.)
- *Kerr c. Baranow et Vanasse c. Seguin* [2011] 1. R.C.S. 269
- *Kungl c. Schiefer*, [1962] S.C.R. 443

## L

- *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259
- *Launchbury c. Launchbury*, [2001] O.J. No 1516 (Ont. S.C.J.)
- *Lauréat Giguère Inc. c. Cie immobilière Viger Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 67
- *Leskun c. Leskun* [2006] 1 R.C.S. 920
- *Lévesques c. Faguy*, (1978) C.A. 376
- *L.G. c. G.B.*, [1995] 3 R.C.S. 367
- *Linton c. Linton*, [1991] 30 R.F.L. (3d) 1
- *L.M.P. c. L.S.*, [2011] 3 R.C.S. 775

## M

- *M. (A.-M.) c. L. (F.)*, [2001] R.D.F. 833
- *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3
- *M. (M.E) c. L.(P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183.
- *M.T. c. J.-Y. T.*, 2008 CSC 50
- *Marchand c. Trakas et Dame Preden*, (1919) 55 C.S. 543
- *Marcoux c. Légaré*, [2000] R.R.A. 521
- *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] 19 R.F.L. (5th) 167
- *Messier c. Delage*, [1983] 2 R.C.S. 401
- *Miglin c. Miglin*, (1999) 3 R.F.L. (5th) 106
- *Miglin c. Miglin*, (2001) 53 O.R. (3d) 641
- *Miglin c. Miglin*, [2003] 34 R.F.L. 255
- *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418
- *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, [1993]
- *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423

## N

- *Normand c. Noël*, C.S. Québec, n°200-12-043249-904

## P

- *P.(S.) c. R.(M.)*, [1996] 2 R.C.S. 842
- *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801
- *Perrier c. Perrier et la Confédération, Compagnie d'assurance-vie*, [1970] C.A
- *Peter c. Beblow*, [1993] 44 R.F.L. (3d) 329
- *Poirier c. Globensky, D. Famille – 67*, [1985] C.A. 135 à 155

## Q

- *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 R.S.C. 5

## R

- *R. (M.-F.) c. T.(P.)*, EYB 2006-101789 (C.S.)
- *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436

- *Rawluk c. Rawluk*, [1990] 23 *R.F.L.* (3d) 337
- *R.B. c. D.J.*, [2005] *R.D.F.* 5 (CA)
- *R.B. c. N.A.* (C.A., 2004-03-22), [2004] *R.D.F.* 257
- *R.B.A. c. M.B.O.*, C.S. Québec, n°200-12-066528-010, 9 octobre 2002
- *Redpath c. Redpath*, 2006 *BBCA* 338
- *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie*, (1929) R.C.S. 650
- *R.P. c. R.C.*, [2011] 3 R.C.S. 819
- *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857
- *Rick c. Brandsema*, [2009] 1 R.C.S. 295
- *Rossi c. Rossi* [2005] O.J. N°4136 (Sup. Ct.)

## S

- *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361
- *Shadbolt c. Shadbolt*, (1997) 32 *R.F.L.* (4th) 253
- *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38
- *Sura c. M.N.R.*, [1962] R.C.S. 65

## T

- *T. (V.G.) c. S. (E.K.)*, REJB 2002-34831 (C.S.)
- *Taylor c. Russo*, [1999] 1 WWR.85
- *Trotter c. Trotter*, 42 *R.F.L.* (4th) 117

## V

- *V.Z. (P.) c. B.(I.)*, EYB 2006-111732 (C.S.)

## W

- *Walker c. Walker*, [2001] 19 *R.F.L.* (5th) 443
- *Walkers v. Walkers* [P.C.] [1919] 2 WWR 935
- *Walsh c. Bona*, [2002] 32 *R.F.L.* (5th) 81
- *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670

## Y

- *Yemchuk c. Yemchuk*, 2005 *BCCA* 406 (CanLII)

## Z

- *Zacks c. Zacks*, [1973] S.C.R. 891

## INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

### A

**Aliments**, voir obligation alimentaire  
**Analyse économique du droit**, 1082 s.  
**Arbitrage**, voir arbitre  
**Arbitre**, 1160 s.  
**Avantage matrimonial**, 73 s.  
**Avocat**, 1027 s.

### B

**Barème**

- Pensions alimentaires pour enfant, 901 s.
- Pension alimentaire entre époux (Canada), 906 s.
- Prestation compensatoire (France), 930 s

### C

**Common law marriage**, voir union libre  
**Communauté de biens**

- Nature, 217 s.

**Communauté de meubles et acquêts**, 229 s.  
**Communauté réduite aux acquêts**, 230 s.  
**Communauté universelle**, 228 s.  
**Compensation (théories fondées sur)**, 797 s.  
**Concubinage**, voir Union libre  
**Contractualisation**, 996 s., 1038 s.

- Mariage, 998 s.
- Filiation, 1002 s.
- causes de divorce, 1010 s.
- conséquences du divorce, 1015 s.

**Convention matrimoniale (liberté)**, 199 s.  
**Criminal conversation**, 160 s.

### D

**Divorce**

- faute, 36 s., 42 s.

**Dommmages-intérêts**, voir Responsabilité civile délictuelle  
**Donation**, 73 s., 169 s., 286 s.

- directe, 467 s.
- rémunératoire, 465 s.
- révocation, 63 s.

**Double dipping**, 752 s.  
**Droit de la famille collaboratif**, 1132 s.

### E

**Egalité**

- sexes, 573 s.
- époux, 574 s.
- professionnelle, 603 s.

**Enrichissement sans cause**, 363 s., 406 s.

- Conditions, 369 s, 406 s.
- Notion, 364
- Subsidiarité, 390 s, 419 s.
- Travail domestique, 382 s.
- Travail professionnel, 378 s.

### F

**Fiducie**, 424 s.

- fiducie expresse, 425
- fiducie judiciaire, 426 s.
- fiducie par interprétation, 426
- fiducie réversive, 427
- France, 448 s.
- Notion, 424 s.
- Québec, 447

### I

**Indemnité exceptionnelle (ancienne française)**, 484 s.  
**Ingratitude**, 170

## J

### Juge

- divorce sans juge, 1174

## L

### Lignes directrices facultatives canadiennes, 901 s.

- formule « sans pension alimentaire pour enfant », 906
- formule « avec pension alimentaire pour enfant », 907 s.

### Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, 901

## M

### Mariage

- mariage contrat, 802

### Méiateur, 1146 s.

### Médiation, voir médiateur

## N

### Notaire, 1169 s.

## O

### Obligation alimentaire, 102 s., 612 s., 807 s., 865 s.

- Canada, 612 s.
- fixation (Canada), 719 s.
- fondement compensatoire (Canada), 633 s.
- fondement contractuel (Canada), 660 s.
- fondement non compensatoire (Canada), 642 s.
- révision (Canada), 731 s.

### Ordonnance alimentaire

- révision, 733 s.

### Ordre public familial, 1095 s.

## P

### PACS, 1216 s.

### Participation aux acquêts française

- Nature, 257 s.
- Origine, 248 s.
- Partage, 267 s.
- Régime, 263 s.

### Patrimoine familial, 296 s.

- Composition, 328 s.
- Origine, 298 s.
- Partage, 344 s.
- 325 s.

### Pension alimentaire, voir obligation alimentaire

### Pension de retraite

- Patrimoine familial, 333 s.
- Double dipping, 752 s.

### Prestation compensatoire française, 662 s.

- fondements, 676 s.
- fixation, 713 s.
- révision, 725 s.

### Prestation compensatoire québécoise, 484 s.

- fondements, 492 s.
- régime, 516 s.

### Procédure participative, 1139 s.

## R

### Régime matrimonial, 195 s., 842 s.

### Responsabilité civile délictuelle, 158 s., 861 s.,

- aliénation d'affection, 161 s.
- de droit commun, 148 s., 154, 158 s.
- spécifique au divorce (art. 266 C.civ. français), 146 s.
- ancien article 301 (France), 141 s.

### Responsabilité parentale, 803 s.

### Responsabilité pénale, 173 s.

## S

### Séparation de biens, 278 s.

**Société d'acquêts québécoise**, 247 s.

- Nature, 257 s.
- Origine, 248 s.
- Partage, 267 s.
- Régime, 263 s.

**Société d'acquêts (adjonction d'une)**,  
247, 289 s.

**Société créée de fait**, 454 s.

- Conditions, 457 s.

**Société tacite**, 454 s.

- Conditions, 457 s.

**Solidarité étatique**, 828 s.

**T**

**Travail domestique**, 382 s., 592 s.

**Tertia collaborationis**, 213 s.

**Trust**, voir fiducie

**U**

**Union de fait**, 1207 s.

**Union libre**, 1207 s.

**Union civile**, 1229 s.

**Violences conjugales**, 133 s., 175 s.



<b>Liste des Principales abréviations.....</b>	<b>9</b>
<b>Sommaire.....</b>	<b>11</b>
<b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>	<b>13</b>
<b>PARTIE I : L'évolution des fondements : de la faute à l'équité.....</b>	<b>32</b>
<b>Titre I : Le déclin de la faute.....</b>	<b>35</b>
<b>Chapitre I : Une disparition souhaitée.....</b>	<b>37</b>
<b>Section I : Les raisons de l'objectivation du droit du divorce et donc de la disparition de la faute.....</b>	<b>37</b>
§ 1. De l'intérêt commun de la famille à la somme des intérêts particuliers de ses membres .....	37
A. La reconnaissance des relations amoureuses au sein des relations familiales .....	38
B. L'individualisation des relations familiales.....	41
§ 2. La nécessaire dédramatisation et pacification du divorce, la prise en compte des intérêts des enfants.....	44
<b>Section II : Les conséquences de la disparition de la faute sur les règlements pécuniaires entre conjoints .....</b>	<b>50</b>
§ 1. La disparition de la faute et les donations et avantages matrimoniaux .....	50
A. L'importance historique de la faute dans le sort des donations entre conjoints ...	52
B. L'objectivation des règles relatives au sort des donations .....	55
§ 2. Les droits « alimentaires ».....	61
A. La faute comme facteur de refus de droits « alimentaires» au conjoint fautif .....	62
B. L'octroi d'une pension alimentaire au conjoint innocent comme sanction du conjoint coupable .....	67
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>71</b>
<b>Chapitre II : Une survie nécessaire.....</b>	<b>72</b>
<b>Section I : Les raisons de la survie de la faute dans le droit du divorce .....</b>	<b>72</b>
§ 1. La raison théorique : la faute, sanction des obligations du mariage .....	72

§ 2. Les raisons pratiques : la protection du conjoint victime .....	74
<b>Section II : La survie relative de la faute dans les règlements pécuniaires entre conjoints .....</b>	<b>76</b>
§ 1. La survie de la faute dans le droit du divorce : la responsabilité spécifique .....	76
§ 2. Le déplacement de la faute vers d'autres domaines du droit.....	85
A. La réapparition de la faute par le biais du droit civil. ....	85
1. La mise en œuvre de la responsabilité pour faute de droit commun.....	86
2. Le droit des donations .....	91
B. La pénalisation de la faute .....	93
1. L'application des règles du droit pénal commun.....	93
2. Les dispositions pénales spécifiques à la famille.....	95
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>98</b>
<b>Conclusion du TITRE I.....</b>	<b>99</b>
<b>Titre II : L'équité et la nouvelle volonté d'égalisation .....</b>	<b>101</b>
<b>Chapitre I : L'égalisation du passé .....</b>	<b>102</b>
<b>Section I : Egalisation par le biais des régimes matrimoniaux .....</b>	<b>102</b>
§ 1. De l'égalisation choisie... ..	103
A. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales .....	103
1. Le principe .....	104
2. Les limites du principe de la liberté des conventions matrimoniales ..	106
B. Le choix entre les régimes plus ou moins équitables .....	107
1. Le choix d'un équilibre et d'une égalisation par le biais de la mise en commun .....	109
a. L'égalisation par le partage d'une masse commune .....	109
α) La nature de la communauté de biens .....	111
β) Les mécanismes d'égalisation au sein des différentes communautés .....	115
γ) Les régimes communautaires applicables en France et au Québec .....	118
b. L'égalisation par le partage de l'enrichissement .....	123

α) Origines de la société d'acquêts québécoise et de la participation aux acquêts française .....	124
β) La nature de ces régimes matrimoniaux .....	129
γ) La mise en œuvre de l'égalisation par ces deux régimes matrimoniaux ....	132
2. L'équilibre dans la séparation ? .....	138
a. La séparation de biens : un régime idéal ? .....	138
b. Des correctifs pour plus d'équité au sein du régime de séparation de biens ? .....	142
α) Les donations entre conjoints .....	142
β) L'adjonction française d'une société d'acquêts .....	143
§ 2. l'égalisation imposée au nom de l'équité : le patrimoine familial .....	145
A. Origines et nature du patrimoine familial .....	146
1. Adoption et origines de ce patrimoine .....	146
2. Qualification du patrimoine familial et nature des droits octroyés .....	150
a. Qualification de ce patrimoine familial .....	151
α) Simple effet du mariage .....	151
β) ... ou régime matrimonial ? .....	152
b. La nature des droits issus du patrimoine familial .....	156
B. Régime du patrimoine familial .....	157
1. La composition du patrimoine familial .....	158
a. Les biens inclus dans le patrimoine familial .....	158
b. Les biens exclus du patrimoine familial .....	161
2. Le partage du patrimoine familial .....	163
 <b>Section II : Equité et enrichissement sans cause : la reconnaissance de la participation excedentaire d'un des conjoints .....</b>	
§ 1. Une réponse jurisprudentielle insuffisante .....	171
A. La réticence à reconnaître une créance au profit du conjoint appauvri .....	172
1. La notion d'enrichissement sans cause .....	172
2. L'application de l'enrichissement sans cause aux relations entre conjoints .....	174

a.	La preuve de l'appauvrissement du conjoint .....	175
b.	Le problème de l'absence de cause de l'enrichissement : la justification de l'enrichissement par la vie commune et la contribution aux charges du mariage 177	
α)	La vie commune en elle-même : justification de l'enrichissement de l'un des époux .....	178
β)	La justification légale : la contribution aux charges du mariage .....	178
c.	L'existence de nouvelles actions : le problème de subsidiarité.....	183
α)	Les positions doctrinales .....	184
β)	La jurisprudence.....	186
B.	La reconnaissance limitée d'un droit de propriété par l'interprétation jurisprudentielle de la volonté des parties .....	189
1.	La reconnaissance a posteriori d'un droit de propriété .....	189
a.	L'interprétation large de la fiducie .....	190
α)	Les conditions auxquelles sera reconnue l'existence d'un enrichissement sans cause (unjust enrichment) .....	190
β)	La fiducie comme mode de compensation .....	195
b.	L'interprétation stricte de la société créée de fait française et de la société tacite québécoise .....	207
α)	Précisions terminologiques.....	208
β)	Les conditions d'existence de la société créée de fait et de la société tacite 209	
2.	L'entérinement d'un droit de propriété existant : les donations rémunératoires.....	213
a.	Le droit antérieur à la réforme du 26 mai 2004 .....	214
b.	L'avenir des donations rémunératoires après l'adoption des lois du 26 mai 2004 et 23 juin 2006 .....	220
§ 2.	Des réponses législatives nécessaires.....	223
A.	Influences et fondements de ces réponses législatives.....	225
1.	Des conditions d'apparition différentes .....	225
2.	Des influences et fondements communs .....	227
a.	L'influence de la prestation compensatoire française ? .....	227
b.	L'influence des institutions de common law ? .....	229
c.	L'enrichissement sans cause ? .....	230

d. L'équité ?.....	232
e. D'autres fondements possibles ?.....	234
α) La gestion d'affaires.....	235
β) La créance sur salaire différée ?.....	236
B. Le régime de ces institutions .....	238
1. Le domaine d'application de ces institutions.....	238
2. Les conditions nécessaires pour l'octroi de ces prestation et indemnité 241	
a. L'apport.....	242
b. L'appauvrissement.....	245
c. L'enrichissement corrélatif.....	246
d. Un lien causal adéquat .....	247
e. L'absence de justification.....	248
3. Le montant et le paiement de cette prestation compensatoire et de l'indemnité exceptionnelle.....	250
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>256</b>
<b>Chapitre II : L'égalisation de l'avenir .....</b>	<b>258</b>
<b>Section préliminaire : Les raisons amenant à cette égalisation.....</b>	<b>259</b>
§ 1. La volonté récente d'obtenir l'égalité entre les époux .....	260
A. De la domination masculine.....	260
B. ... à la reconnaissance de la place de la femme comme égale de l'homme .....	262
1. La reconnaissance juridique de la pleine capacité de la femme mariée 263	
2. La reconnaissance du travail domestique .....	269
§ 2. Une inégalité au sein du couple inachevée dans les faits .....	271
<b>Section I : L'adoption d'institutions aux fondements multiples .....</b>	<b>280</b>
§ 1. Une obligation alimentaire canadienne aux fondements multiples .....	280
A. A la recherche des fondements : les années quatre-vingt.....	280

B. La reconnaissance d'une obligation alimentaire entre ex-conjoints avec trois fondements différents.....	287
1. Le fondement compensatoire.....	287
2. Le fondement non compensatoire .....	292
3. Le fondement contractuel.....	299
§ 2. Une prestation compensatoire française avec un fondement double .....	299
A. L'apparition d'une prestation compensatoire unique avec un fondement mixte	300
B. La reconnaissance de deux prestations compensatoires avec des fondements différents.....	305
1. Une véritable prestation compensatoire .....	306
2. Une prestation compensatoire « alimentaire ».....	311
3. Des fondements encore remis en cause par la Cour de cassation .....	319
<b>Section II : Des mises en œuvre difficiles .....</b>	<b>324</b>
§ 1. Une fixation initiale difficile.....	324
§ 2. Des révisions compliquées .....	333
A. Vers une clarification des conditions de révision de la prestation compensatoire : l'exemple français.....	333
B. Des questions encore en suspens : la révision de la pension alimentaire canadienne .....	336
1. La révision des ordonnances alimentaires .....	337
2. La révision des ententes alimentaires.....	339
3. Le double dipping .....	345
§ 3. L'effectivité du versement de la pension alimentaire ou de la prestation compensatoire.....	354
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>358</b>
<b>Conclusion du Titre II.....</b>	<b>359</b>
<b>Conclusion de la Partie I .....</b>	<b>360</b>
<b>Partie II : La recherche de nouveaux règlements pécuniaires post-séparation .....</b>	<b>362</b>

**Titre I : La nécessaire révision des institutions existantes .....363**

**Chapitre I : Choisir des fondements déterminés pour des institutions déterminées ..363**

§ 1.	Les différents fondements possibles .....	363
A.	De nouveaux fondements indemnitaires ?.....	364
1.	De nouvelles théories issues de l'idée de compensation .....	364
a.	Premier modèle : le partage des gains conjugaux, compensation au titre des contributions et des avantages .....	364
b.	Second modèle : la reconnaissance de l'interdépendance .....	365
2.	La responsabilité parentale .....	367
B.	Un fondement alimentaire problématique mais nécessaire .....	369
1.	Les raisons s'opposant à la reconnaissance d'une telle obligation .....	369
a.	Les raisons théoriques.....	369
α)	La disparition des relations particulières existant entre les époux.....	369
β)	La disparition du mariage comme cause de la disparition de l'obligation alimentaire entre conjoints.....	371
b.	Les raisons liées à la mise en œuvre pratique de l'obligation alimentaire entre époux à la suite du divorce.....	374
2.	La nécessité sociale de l'existence d'une obligation alimentaire entre époux	376
a.	L'existence de situations limites .....	376
b.	Une solidarité étatique suffisante ?.....	378
α)	De l'Etat providence.....	378
β)	... à l'Etat partenaire?.....	381
§ 2.	Les nouveaux règlements pécuniaires possibles .....	387
A.	Un nouveau régime matrimonial ?.....	388
B.	Des nouvelles institutions indemnitaires et compensatoires .....	393
C.	Une véritable obligation alimentaire entre ex-époux .....	399
1.	Prendre exemple sur le passé : pensions alimentaires et ancienne survie du devoir de secours du divorce pour rupture de la vie commune ?.....	400

2. Créer une nouvelle obligation .....	404
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>409</b>
<b>Chapitre II : clarifier le régime des règlements pécuniaires entre époux .....</b>	<b>411</b>
§ 1. Le mode de versement.....	411
§ 2. La nécessaire clarification de la détermination du quantum des obligations post-divorce entre conjoints.....	413
A. Les lignes directrices facultatives canadiennes.....	414
1. La formule « sans pension alimentaire pour enfant ».....	416
2. La formule « avec pension alimentaire pour enfant » .....	417
a. Formule de base.....	417
b. La formule du payeur gardien .....	418
c. La formule hybride avec enfant majeur .....	419
3. Mise en œuvre de ces formules .....	420
B. Les propositions françaises.....	425
1. Propositions de méthode de calcul pour les prestations compensatoires « doctrinales ».....	428
a. Proposition de méthode de calcul de M. Cogno-Bourdieu et Mme Moos	428
b. Proposition de méthode de calcul de M. Martin Saint-Léon .....	430
c. Proposition de calcul de M. Depondt .....	432
2. Les méthodes « empiriques » de M. David.....	436
3. De nouvelles méthodes, synthèses des précédentes ?.....	438
α) L’outil PilotePC .....	438
β) La méthode par ajustements .....	441
C. Un système idéal ? .....	445
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>449</b>
<b>Conclusion du Titre I .....</b>	<b>450</b>



<b>Titre II : Quelle place pour la contractualisation dans les règlements pécuniaires entre ex-époux ? .....</b>	<b>451</b>
<b>Chapitre I : Une « contractualisation de plus en plus présente » .....</b>	<b>453</b>
<b>Section I : La faveur donnée à la contractualisation dans le droit de la famille en général.....</b>	<b>453</b>
§ 1. Une contractualisation plus traditionnelle : le mariage .....	454
§ 2. Une contractualisation plus récente : la filiation et les relations parents-enfants	455
<b>Section II : la contractualisation du droit du divorce en particulier .....</b>	<b>459</b>
§ 1. La contractualisation des causes de divorce .....	460
§ 2. La contractualisation des conséquences du divorce.....	462
A. La reconnaissance législative française des conventions entre ex-conjoints .....	462
1. La reconnaissance limitée des conventions entre époux sous l'ancien droit du divorce .....	462
2. La faveur de la loi du 26 mai 2004 pour les conventions entre conjoints .	464
B. La revalorisation des conventions portant sur les conséquences pécuniaires du divorce par la jurisprudence canadienne .....	467
1. La Trilogie Pelech, Caron et Richardson.....	467
2. Miglin c. Miglin .....	468
<b>Conclusion du chapitre I.....</b>	<b>473</b>
<b>Chapitre II : une véritable contractualisation.....</b>	<b>474</b>
§ 1. Les arguments contredisant la notion de contractualisation .....	474
A. Les éléments relatifs à la conclusion du contrat ?.....	475
1. Les conditions relatives aux parties au contrat .....	476
a. La capacité .....	476
b. La volonté de contracter .....	479
2. Les conditions relatives au contrat lui-même ?.....	482
B. La force du contrat : effets et exécution .....	483

1. Effet relatif au contrat.....	483
2. Exécution du contrat.....	483
§ 2. La nécessité de repenser le contrat.....	486
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>489</b>
<b>Chapitre III : une contractualisation des conséquences pécuniaires du divorce nécessaire mais encadrée .....</b>	<b>490</b>
<b>Section I : une contractualisation nécessaire .....</b>	<b>491</b>
§ 1. Des arguments sociologiques et psychologiques en faveur d'une telle contractualisation.....	491
§ 2. La faveur donnée au contrat par l'économie et l'analyse économique du droit .	494
A. Les théories économiques traditionnelles.....	494
B. La remise en cause de la contractualisation.....	497
<b>Section II : une contractualisation nécessairement encadrée.....</b>	<b>499</b>
§ 1. Un encadrement nécessaire au nom de l'ordre public familial.....	499
A. Définition et domaine de l'ordre public familial .....	499
B. Protéger les époux affaiblis psychologiquement .....	503
C. Protéger les époux affaiblis économiquement .....	505
§ 2. L'encadrement de la convention .....	510
A. Intérêt de la société et mise en œuvre de lignes directrices ou de principes directeurs légaux.....	510
B. La protection des intéressés par l'intervention des juges et auxiliaires de justice 514	
1. La nécessaire intervention des auxiliaires de justice pour accompagner les époux dans leurs négociations .....	514
a. L'avocat : conseiller, défenseur et négociateur.....	515
α) Le rôle traditionnel de l'avocat : conseiller et défenseur .....	515
β) Le nouveau rôle : l'avocat négociateur et conciliateur – l'apparition du droit de la famille collaboratif et de la procédure participative .....	516
b. Le médiateur : un auxiliaire incontournable ?.....	524

c.	La place de l'arbitre dans le contentieux familial au Canada .....	533
d.	Une nouvelle place pour le notaire ? .....	536
2.	L'importance du rôle du juge .....	539
a.	Un divorce sans juge ? .....	541
α)	Les arguments en faveur d'un divorce sans juge .....	544
β)	Les arguments en faveur de la défense d'un divorce avec juge .....	546
b.	Vers un divorce sans juge dans les droits étudiés ? .....	547
	<b>Conclusion du chapitre III .....</b>	<b>553</b>
	<b>Conclusion du Titre II .....</b>	<b>554</b>
	<b>Titre III : L'extension des obligations liées au divorce aux autres cas de ruptures – un droit commun de la rupture du couple .....</b>	<b>555</b>
	<b>Chapitre I : La reconnaissance de nouvelles unions et de nouvelles protections .....</b>	<b>555</b>
§ 1.	Concubinage – Union libre : Liberté et protection limitée .....	556
§ 2.	Des mariages qui s'ignorent ? PACS français et union civile québécoise .....	561
A.	« Tout sauf un mariage » : le compromis français et le PACS .....	562
B.	L'union civile : un véritable mariage ? .....	571
	<b>Conclusion du chapitre I .....</b>	<b>575</b>
	<b>Chapitre II : La possible uniformisation des régimes des nouvelles unions avec celui du mariage ? .....</b>	<b>579</b>
§ 1.	Respect de la liberté des individus ? .....	579
§ 2.	Ou protection des enfants et de l'ex-partenaire dans le besoin ? .....	584
A.	Des arguments en faveur d'une extension des textes relatifs au divorce aux dissolutions des autres unions .....	584
B.	Des politiques qui vont vers une telle extension ? .....	588
§ 3.	Un droit commun du couple ? .....	592
A.	Qu'est-ce qu'un couple ? .....	594
B.	Instaurer un seul et unique couple et repenser le droit de la famille ? .....	595

C. Instaurer des obligations communes à une pluralité de couples ou repenser le droit de la famille ? .....	598
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>604</b>
<b>Conclusion du Titre III. ....</b>	<b>605</b>
<b>Conclusion de la Partie II.....</b>	<b>606</b>
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>607</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>612</b>
<b>Index alphabétique .....</b>	<b>678</b>



## **L'alimentaire et l'indemnitaire dans les règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce – étude comparé de droit français et de droit canadien**

Le droit des règlements pécuniaires entre époux consécutifs au divorce a pendant longtemps été fondé sur l'idée de sanctionner le conjoint responsable de la rupture que ce soit en France, au Canada ou dans la province canadienne de Québec. Bien que de traditions juridiques différentes, les droits français et canadien reconnaissent ainsi un rôle central à la faute dans leur droit du divorce. Face à l'évolution concomitante des sociétés française et canadienne vers un individualisme plus marqué et une volonté croissante de pacifier les conflits, ces droits ont dû tendre vers une plus grande objectivation du divorce et de ces conséquences. Parallèlement à un mouvement de quasi-disparition de la faute, de nouvelles institutions sont apparues dans les droits étudiés, institutions fondées sur des idées de compensation, d'équité mais aussi de solidarité avec la survie ou l'apparition d'obligations alimentaires.

Aujourd'hui, les droits étudiés sont marqués par une diversité d'institutions avec pour certaines des fondements multiples et des intitulés qui, malgré la différence de tradition juridique, peuvent se répondre comme, par exemple, la pension alimentaire non compensatoire canadienne qui n'est pas sans rappeler la prestation compensatoire que nous qualifions d'alimentaire française. Cette diversité amène alors à s'interroger sur la nécessité de repenser et de rationaliser les institutions existantes pour les rendre tout à la fois plus compréhensibles mais aussi plus accessibles par les futurs ex-époux. Cette simplification doit en effet s'accompagner d'une plus grande liberté contractuelle permettant aux conjoints divorcés de se réapproprier leur séparation avec l'aide d'un avocat, d'un médiateur ou encore du juge. Le divorce pacifié, se pose alors la question de la pacification de la rupture des autres couples que sont les unions libres ou encore les PACS et union civile. Ces unions hors mariage se développant, il est nécessaire aujourd'hui de prendre en considération les conséquences de leur dissolution voire d'envisager un droit commun des règlements pécuniaires consécutifs à toute séparation.

---

### **Alimony and compensation in the post-divorce consequences between spouses – comparative law study of French and Canadian Laws**

Historically post-divorce laws between spouses was based in France, Canada and Quebec on penalizing the responsible party of the separation. Although from different law traditions, Canadian and French law recognized an important place to the fault in their divorce laws. However, the tendency of the French and Canadian societies to be more individual and to pacify conflicts, divorce law had to change to become more objectivized. The movement of removing the fault in divorce permitted the creation of new institutions based on compensation, equity and solidarity which is symbolized by spousal support and alimony.

The studied laws are characterized by diverse institutions, are founded on different grounds. These institutions inspired by different law traditions are thus very similar such as the Canadian on compensatory spousal support and the French compensatory obligation that we call "alimony compensatory obligation". This diversity impose us to think about the possibility of a renewal and rationalization of the existent institutions in order to be simplified and comprehensible for the future divorce spouses. A greater freedom of contract should also ensure the appropriation of the divorce's consequences by the divorced spouse with help of lawyers, mediators and judges. Once the divorce humanized, the question of the pacification of the dissolution/ ruptures of other types of union such as common law marriage or civil partnership. The increasing number of those new couples, it is becoming a necessity to take in consideration the consequences of their dissolution and draw a new common law for their dissolution.