

MÉMOIRE SUR LE PROJET DE LOI N°56

*Loi portant sur la réforme du droit de la famille et
instituant le régime d'union parentale*

PRÉSENTÉ À LA COMMISSION DES INSTITUTIONS, HÔTEL DU PARLEMENT DU QUÉBEC

LOUISE LANGEVIN
PROFESSEURE TITULAIRE ET AVOCATE ÉMÉRITE
FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ LAVAL

et

MARIE-CLAIRE BELLEAU
PROFESSEURE TITULAIRE, AVOCATE ÉMÉRITE ET MÉDIATRICE
FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ LAVAL

Le 30 avril 2024, Québec, Québec

TABLE DES MATIÈRES

Présentations des intervenantes	5
Professeure Louise Langevin	5
Professeure Marie-Claire Belleau	6
Résumé exécutif.....	7
Introduction	9
Partie I Viser l'égalité et rater la cible.....	13
1.1 La discrimination à l'égard des enfants	13
1.2 La discrimination à l'égard des femmes	15
1.2 Recommandations	22
Partie II L'effet du PL56 : La prestation compensatoire incertaine et les limites à l'accès à la médiation familiale pour les conjoint.e.s de fait	23
2.1 La prestation compensatoire : Une histoire préoccupante et un avenir imprévisible	23
2.1.1 L'histoire de la prestation compensatoire dans les années 80	23
2.1.2 La prestation compensatoire : Véhicule pour partager les régimes de retraite et les RÉER.....	25
2.1.2.1 L'apport en biens et en services	25
2.1.2.2 Les actifs disponibles pour payer la compensation	26
2.1.3 Le déni d'accès la justice pour les conjoint.e.s de fait.....	28
2.2 La médiation familiale ou le retour aux tribunaux pour les conjoint.e.s de fait	29
2.2.1 Les bienfaits du processus de la médiation familiale	30
2.2.2 Le programme québécois de médiation familiale : une réussite	31
2.2.2.1 Un financement incitatif	32
2.2.2.2 Un cadre normatif clair et facile d'application	32
2.2.2.2.1 Le Barème de fixation des pensions alimentaires pour enfants	33
2.2.2.2.2 Le patrimoine familial obligatoire du mariage et de l'union civile.....	33
2.2.3 La négociation des zones grises en médiation familiale.....	34
2.2.4 L'impact potentiel du PL56 sur le recours à la médiation familiale	35
2.2.5 Certaines conséquences des limites au processus de la médiation familiale .	37

2.3 Recommandations	37
Partie III Propositions pour l'égalité réelle et une véritable liberté contractuelle.....	38
3.1 Un patrimoine familial obligatoire universel.....	39
3.2 Les possibilités de retrait et d'assujettissement au patrimoine familial obligatoire universel.....	39
3.3 L'accès au droit de négociation du partage inégal du patrimoine familial de parents d'enfants commun à la rupture	39
3.4 Les conditions pour garantir un consentement libre et éclairé	40
3.5 L'exercice du droit de retrait pendant une période limitée	42
3.6 Une pension alimentaire pour tou.te.s les conjoint.e.s	42
3.7 Conclusion.....	42
Recommandations	43
Conclusion.....	44
Recommandations du mémoire	46

PROFESSEURE LOUISE LANGEVIN

Depuis 1991, Louise Langevin est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval, à Québec. Depuis le 1er janvier 2021, elle est titulaire de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés. De 2016 à 2018, elle a été directrice de la revue *Les Cahiers de droit*. De 2006 à 2009, elle a été titulaire de la Chaire d'étude Claire-Bonenfant sur la condition des femmes de l'Université Laval. Elle est aussi, depuis 1986, membre du Barreau du Québec, qui lui a décerné le Mérite Christine-Tourigny en 2010 pour son engagement social et son apport à l'avancement des femmes dans la profession. Elle a été secrétaire juridique auprès du très honorable Feu Antonio Lamer, ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, Ottawa. Elle a été corédactrice de la *Revue Femmes et Droit* de 1999 à 2012 et a été active auprès de l'Agence universitaire de la Francophonie de 2004 à 2009. Elle collabore avec plusieurs médias.

Ses champs de recherche et d'enseignement portent sur les théories féministes du droit, les droits fondamentaux ainsi que sur les obligations conventionnelles et extracontractuelles. En 2012, Louise Langevin a publié avec Nathalie Des Rosiers et Marie-Pier Nadeau *L'indemnisation des victimes de violence sexuelle et conjugale*, 2^e édition (Éditions Yvon Blais, 630p.). En juillet 2014, cette monographie a obtenu le prix Walter-Owen de la Fondation de la recherche juridique qui vise à reconnaître l'excellence en matière de rédaction juridique et à récompenser d'exceptionnels projets canadiens qui renforcent la qualité de la recherche en droit au pays. Louise Langevin a travaillé sur le consentement des femmes en matière contractuelle, sur la maternité de substitution, ainsi que sur la question de la traite des femmes. Elle est l'auteure de l'ouvrage *Le droit à l'autonomie procréative des femmes : entre liberté et contrainte* (Ed Yvon Blais, 2020), dans lequel elle analyse les avancées, mais aussi les reculs vécus par les femmes dans ce domaine. Cet ouvrage a été primé par le Prix du Concours juridique 2021 (monographie), de la Fondation du Barreau du Québec. Elle travaille présentement sur les droits des femmes âgées.

PROFESSEURE MARIE-CLAIRE BELLEAU

Me Marie-Claire Belleau est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Elle enseigne également dans des programmes de 2^e cycle en Europe.

Elle détient un doctorat et une maîtrise de Harvard Law School ainsi qu'un D.E.A. de l'Université de Paris II. En 2010, elle s'est vu décerner le titre d'*Advocatus Emeritus* du Barreau du Québec. Elle a été élue membre de la Société royale du Canada en 2015.

Elle enseigne en droit privé et comparé ainsi que sur les modes de prévention et de règlement des différends. Elle s'intéresse à la justice participative et réparatrice qui favorise l'implication des protagonistes dans la résolution de leurs conflits.

Depuis 2001, elle exerce la médiation dans les dossiers des petites créances, en matières familiale, civile et commerciale ainsi qu'en harcèlement psychologique. Elle est également facilitatrice et arbitre auprès du Centre de règlement des différends sportifs du Canada. Elle a été accréditée comme arbitre par le Barreau du Québec et l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec. Elle est aussi accréditée par Équijustice afin d'intervenir en justice réparatrice ou restaurative dans des dossiers de harcèlement, d'abus ou de crimes sexuels. Elle exerce ces modes de prévention et de règlement des différends à temps partiel afin d'allier pratique et théorie dans ses enseignements et dans ses projets de recherche.

Enfin, elle agit comme conseillère stratégique en matière de prévention et de règlement des différends auprès de la sous-ministre responsable de l'accès à la justice du gouvernement du Québec.

Ses recherches, qui sont très diversifiées, portent sur la théorie du droit, la justice participative et réparatrice, le pouvoir et l'indépendance judiciaire, les dissidences judiciaires, l'histoire de la pensée juridique et le droit comparé.

Ses écrits, ses formations et ses interventions pratiques sont dominés par une préoccupation constante : améliorer l'accès à la justice.

À l'échelle mondiale, le Québec détient le plus grand nombre d'union de fait au sein de sa population. Pourtant, le droit prévoit deux régimes juridiques fort différents – voire opposés – un pour le mariage et l'union civile et l'autre pour l'union de fait. Ainsi, un nombre important de couples de fait, et de femmes dans ces unions, échappent à la protection de la loi, qui est en décalage avec la réalité sociale.

En traitant distinctement les couples mariés et ceux en union parentale, le projet de loi 56 *Loi portant sur la réforme du droit de la famille et instituant le régime d'union parentale* [ci-après PL56] crée différentes catégories d'enfants selon le statut matrimonial de leurs parents. L'objectif annoncé du PL56 voulant protéger les enfants ne tient pas la route. Il institue aussi différentes catégories de mères selon leur statut matrimonial. Ce faisant, il ignore le travail invisible et gratuit des femmes dans la sphère privée et les liens économiques étroits entre les enfants et leur mère. Il porte ainsi atteinte au droit des femmes à l'égalité réelle. Le PL56 envoie le message que le mariage serait plus sérieux que l'union de fait et donc que les conjoint.e.s mariés méritent une meilleure protection juridique en cas de rupture.

Si les couples mariés profitent d'un partage égal de leurs biens par le biais du patrimoine familial, dans le PL56, le patrimoine de l'union parentale n'inclut pas les régimes de retraite et les REER au moment de la rupture conjugale. Or, ces biens constituent généralement la plus grande richesse des citoyen.ne.s de la classe moyenne. Dans le contexte du PL56, les demandes au tribunal pour une prestation compensatoire risquent de devenir légion pour les conjoint.e.s de fait lésés par un partage des biens qui écarte les sommes les plus importantes de leur patrimoine.

La médiation familiale a connu un développement majeur à la suite de l'adoption de normes claires. L'interprétation de la portée de la prestation compensatoire appliquée aux conjoint.e.s de fait produira une période d'incertitude, qui empêchera les ex-conjoint.e.s de recourir aux services de la médiation familiale. Ces derniers devront s'adresser aux tribunaux, avec les délais et les coûts que ces procédures engendrent.

Enfin, pour remédier aux inégalités créées par le PL56, le législateur pourrait opter pour l'application du patrimoine familial actuellement en vigueur dans le cas du mariage et de l'union civile à tou.te.s les conjoint.e.s et ce, peu importe leur statut marital ou les recompositions familiales. Ce patrimoine familial obligatoire universel pourrait être jumelé à un droit de retrait et d'assujettissement dont les conditions d'application garantissent un consentement libre et éclairé. Par contre, le droit de négocier un partage inégal du patrimoine familial serait retardé au moment de la rupture pour les parents d'enfants communs.

La réforme du droit de la famille de 1980 a été qualifiée d'avant-gardiste² puisqu'elle reconnaissait l'égalité entre les époux.ses (art 392 CcQ)³. Elle reconnaissait aussi la valeur de l'activité au foyer des épouses (art 396 CcQ). En 1989, toujours dans un objectif égalitaire, les parlementaires québécois adoptent le patrimoine familial (art 414 CcQ et s), afin de contrer la réticence des tribunaux à interpréter largement la prestation compensatoire (art 427 CcQ⁴). Mesure d'ordre public, le patrimoine familial impose un régime matrimonial primaire aux couples mariés qui doivent se partager à la dissolution du mariage la valeur des principaux biens accumulés pendant l'union⁵. Les parlementaires de 1980 avaient décidé de ne pas encadrer les conséquences économiques de la rupture des unions de fait.

Or, le Québec se démarque par le phénomène des unions de fait et par la particularité du droit. En effet, depuis quelques années, proportionnellement, le Québec remporte la palme mondiale du plus grand nombre de conjoint.e.s de fait par rapport aux couples mariés⁶. Plusieurs phénomènes sociologiques contribuent à expliquer ce rejet massif du mariage depuis plusieurs décennies⁷. Paradoxalement, contrairement aux autres provinces canadiennes, les conjoint.e.s de fait du Québec n'assument aucune obligation

¹ Les auteures souhaitent remercier Julien Paquet et Alice Belleau-Blais pour leur soutien dans la recherche et la rédaction de ce mémoire.

² Pour une analyse historique du droit de la conjugalité au Québec, voir l'opinion du juge LeBel dans l'arrêt *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 [Eric c Lola] para 51 et s : *L'évolution de l'encadrement des rapports juridiques entre conjoints depuis 1980 au Québec*.

³ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, LQ 1980, c 39.

⁴ Voir Herbert Marx et Monique Gagnon Tremblay, *Les droits économiques des conjoints* (document présenté à la consultation), Sainte-Foy, ministère de la Justice du Québec 1988 p 10.

⁵ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, LQ 1989, c 55 [Loi modifiant le Code civil du Québec afin de favoriser l'égalité].

⁶ Dans Hélène Belleau, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle : le mythe du mariage automatique*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 2012 à la p 1 [H Belleau, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle*], la sociologue et professeure à l'INRS affirme : « Au Québec, les unions libres sont désormais proportionnellement plus nombreuses qu'ailleurs dans le monde, et sur la scène canadienne elles sont aussi plus fécondes et plus stables que dans les autres provinces. Toutefois, le Québec est la seule province du Canada qui n'a pas encore procédé à un encadrement légal (obligations alimentaires, etc.) de l'union de fait. Cette situation peut sembler étonnante lorsque l'on constate qu'un couple sur trois vit en union libre et que près de 60 % des enfants naissent hors mariage, cette proportion dépassant la barre du 80% dans certaines régions à forte dominante francophone comme la Gaspésie et les îles-de-la-Madeleine. » (références omises).

⁷ Pour comprendre l'histoire et les facteurs expliquant ce phénomène, voir *ibid* aux chapitres 1, 2, et 3; Marie-Claire Belleau, « Où est passée la liberté de choix au moment de la rupture conjugale ? L'exercice de la liberté contractuelle en médiation familiale » dans Louise Langevin et Christelle Landheer-Cieslak, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité – Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Montréal, Yvon Blais, 2015, 1.

l'un envers l'autre au moment de la rupture, que ce soit en matière de pension alimentaire ou de partage du patrimoine familial, chacun conservant uniquement les biens dont il a la propriété et partageant ceux acquis en commun⁸.

En effet, le droit prévoit deux régimes juridiques fort différents – voire opposés – pour le mariage et l'union de fait. Ainsi, un nombre important de couples de fait, et de femmes dans ces unions, échappent donc à la loi, qui est en décalage avec la nouvelle réalité sociale⁹. Dans les faits, ces couples vivent comme s'ils étaient mariés sous le régime matrimonial de la séparation de biens, qui n'avait pas été avantageux pour les femmes.

Dans la culture québécoise, l'argument de la liberté de choix quant à la conjugalité de fait et à ses conséquences est vivement défendu. L'expression « conjoints en union libre » témoigne de cette perspective. Selon ce point de vue, les conjoint.e.s choisiraient sciemment de ne pas se marier pour éviter d'être soumis au régime juridique obligatoire et aux obligations du mariage prévues par le *Code civil du Québec*. En ce sens, ils exercent leur liberté de se soustraire aux mesures de protection en choisissant de ne pas formaliser les conséquences juridiques de leur vie commune par le mariage ou l'union civile. Or, la dénomination « conjoints de fait » s'approche probablement plus de la réalité en ce que les membres du couple vivent ensemble dans les faits (hors du droit), sans qu'ils se soient interrogés outre mesure sur la présence ou l'absence de conséquences juridiques de leur union¹⁰.

Dans ce contexte, nous saluons le dépôt du projet de loi n° 56 *Loi portant sur la réforme du droit de la famille et instituant le régime d'union parentale* [ci-après PL56]. Cependant, nous ne croyons pas qu'il soit avant-gardiste. Il doit être revu en profondeur, compte tenu de la discrimination qu'il crée envers les femmes¹¹ et les enfants.

⁸ Louise Langevin, « Liberté de choix et protection juridique des conjoints de fait en cas de rupture : difficile exercice de jonglerie » (2009) 54:4 RD McGill 697 aux pp 699-700.

⁹ « L'union libre est le mode de vie privilégié des jeunes couples, mais elle progresse dans tous les groupes d'âge. Chez les 20-24 ans, la part des conjoints en union libre parmi l'ensemble des personnes vivant en couple était de 31 % en 1981 et elle s'établit à 88 % en 2021. Durant la même période, les proportions sont passées de 5 % à 49 % chez les 40-44 ans et de 2 % à 31 % chez les 60-64 ans. » Institut de la statistique du Québec, « Mariages et situation conjugale – Faits saillants tirés du *Bilan démographique du Québec. Édition 2023* » (24 mai 2023), en ligne : <<https://statistique.quebec.ca/fr/produit/publication/mariages-situation-conjugale-bilan-demographique>>.

¹⁰ Voir Hélène Belleau « Les perceptions de l'encadrement juridique de la vie conjugale » dans H Belleau, *supra* note 6 aux pp 124 et s sur les conclusions d'une étude empirique réalisée à ce sujet au Québec.

¹¹ Comme le démontrent les statistiques, les femmes sont les plus désavantagées sur le plan économique lors de la rupture conjugale, voir à ce sujet : Hélène Belleau, Carmen Lavallée et Annabelle Seery, « La gestion commune au sein des couples : une question de mariage ou pas ? » (2007) 46:1 Cahiers québécois de démographie 47 à la p 49. Nous utiliserons dans le présent mémoire les termes « les femmes » et « les

Notre analyse du PL56 se fait à la lumière du droit à l'égalité réelle¹². Cette approche du droit à l'égalité mesure les effets discriminatoires des lois et des politiques sociales sur les femmes. Elle se distingue de l'approche du droit à l'égalité formelle qui vise à traiter toutes les personnes dans des situations identiques de la même façon, sans tenir compte des effets sur ces personnes. L'égalité formelle ne se penche pas sur les résultats des politiques, lois ou mesures sociales et des conséquences sociales et économiques de la maternité pour les femmes¹³. De très nombreuses études montrent bien le prix assumé par le travail invisible et gratuit des femmes dans la sphère privée¹⁴. Si l'objectif législatif de protéger les enfants est louable, il ne peut être atteint sans protéger aussi les mères.

Plusieurs mesures proposées par le PL56 afin d'humaniser le droit de la famille doivent être soulignées. Nous saluons la mesure de protection de la résidence familiale pour les conjoint.e.s en union parentale, qui sont ici traités sur un pied d'égalité avec les époux.ses. La reconnaissance de la violence judiciaire en matière familiale et l'effort pour l'enrayer doivent être soulignés. L'objectif de corriger « l'approche en silo » des tribunaux en matière familiale (favoriser l'approche un dossier, un juge) et les ordonnances incohérentes qui peuvent en découler méritent aussi d'être mentionnées.

Toutefois, les effets du PL56 nous préoccupent. D'abord, en créant des catégories d'enfants et de femmes plus ou moins protégés selon le statut matrimonial des couples, il porte atteinte à leur droit à l'égalité. En valorisant le mariage comme forme de

conjointes ». Dans d'autres passages, nous recourons à la rédaction inclusive en utilisant le point comme dans conjoint.e et avocat.e ou le pluriel tel que les juges et les juristes. Par ailleurs, nous n'excluons pas que des hommes soient aussi désavantagés économiquement lors de la rupture conjugale. Nos commentaires portent tant sur les couples de même sexe ou de sexes différents.

¹² Voir *Andrews c The Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143 [Andrews].

¹³ Comme le démontrent les statistiques, les femmes sont les plus désavantagées sur le plan économique lors de la rupture conjugale, voir à ce sujet : Hélène Belleau, Carmen Lavallée et Annabelle Seery, « La gestion commune au sein des couples : une question de mariage ou pas ? » (2007) 46:1 Cahiers québécois de démographie 47 à la p 49. Nous utiliserons dans le présent mémoire les termes « les femmes » et « les conjointes ». Dans d'autres passages, nous recourons à la rédaction inclusive en utilisant le point comme dans conjoint.e et avocat.e ou le pluriel tel que les juges et les juristes. Par ailleurs, nous n'excluons pas que des hommes soient aussi désavantagés économiquement lors de la rupture conjugale. Nos commentaires portent tant sur les couples de même sexe ou de sexes différents.

¹⁴ Voir entre autres Hélène Belleau, Carmen Lavallée et Annabelle Seery, *Unions et désunions conjugales au Québec, Rapport de recherche. Première partie : le couple, l'argent et le droit*. Montréal, INRS, 2017, en ligne : <<https://espace.inrs.ca/id/eprint/5763/>> ; Hélène Belleau et Carmen Lavallée, *Unions et désunions conjugales au Québec. Deuxième partie : Désunions et parentalité.*, Montréal, INRS, 2020 en ligne : <[Unions et désunions conjugales au Québec. Deuxième partie: Désunions et parentalité - Espace INRS](#)>.

conjugalité, il reproduit des stéréotypes à l'égard des familles et des couples. Le respect du droit à l'égalité réelle doit guider les parlementaires dans leurs choix législatifs.

Ensuite, la combinaison d'un patrimoine de l'union parentale familiale et de l'ouverture d'une prestation compensatoire pour les conjoint.e.s de fait qui s'estiment victimes d'injustice entraîne une sérieuse incertitude juridique. Dans le contexte du PL56, les demandes au tribunal pour une prestation compensatoire risquent de devenir légion pour les conjoint.e.s de fait lésés par un partage des biens qui écarte les sommes les plus importantes de leur patrimoine : les régimes de retraite et les REER.

Enfin, cette insécurité en droit conduit à des conséquences potentiellement déplorables. Effectivement, elle menace le recours au processus d'accès à la justice de la médiation familiale aux conjoint.e.s de fait qui seront forcés de faire appel aux tribunaux pour évaluer la valeur de l'apport en biens et en services de la conjointe qui a conduit à l'enrichissement du conjoint.

Dans ce mémoire, nous explorons d'abord les conséquences du PL56 sur le droit à l'égalité (Partie I) des enfants (section 1.1) et des conjointes (section 1.2). Nous analysons ensuite le passé jurisprudentiel de la prestation compensatoire ainsi que le potentiel de son développement en rapport avec le PL56 (Partie II, section 2.1). Nous exposons aussi les bienfaits et le rôle de la médiation familiale au Québec, ses possibilités d'interventions ainsi que la menace réelle que pose le PL56 quant à son accès pour les conjoint.e.s de fait (Partie II, section 2.2). Dans la partie III, nous offrons une proposition de réforme du droit pour toutes les formes de conjugalité visant l'égalité réelle et une véritable liberté contractuelle.

En traitant différemment les couples mariés¹⁵ et ceux en union parentale, le PL56 crée différentes catégories d'enfants selon le statut matrimonial de leurs parents. Il institue aussi différentes catégories de mères selon leur statut matrimonial. Ce faisant, il ignore le travail invisible et gratuit des femmes dans la sphère privée¹⁶ et les liens économiques étroits entre les enfants et leur mère. Le PL56 envoie le message que le mariage serait plus sérieux que l'union de fait et donc que les conjoint.e.s mariés méritent une meilleure protection juridique en cas de rupture. Il discrimine à l'égard des conjointes en union parentale et des enfants qui en sont issus, parce qu'il reproduit des stéréotypes à leurs égards¹⁷.

1.1 LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES ENFANTS

Le ministre de la Justice affirme avoir été guidé par la protection des enfants dans ses choix législatifs¹⁸, ce qui est tout à fait louable. La séparation des parents, mariés ou non, doit avoir le moins possible de conséquences économiques sur les enfants. L'article 522 CcQ le rappelle bien : « tous les enfants ont les mêmes droits, quelles que soient les circonstances de leur naissance ». Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits (art 33 CcQ). Pourtant, le PL56 ne remplit pas cette promesse.

¹⁵ Nous incluons dans le mariage l'union civile (art 521.1 et s CcQ), qui est une forme de conjugalité peu utilisée. Selon l'Institut de la statistique du Québec, il y a eu 123 unions civiles en 2022 comparativement à 22 873 mariages. Voir « Mariages et unions civiles selon le genre des conjoints, Québec, 2002-2022 » (22 février 2024) en ligne : <<https://statistique.quebec.ca/fr/produit/tableau/mariages-et-unions-civiles-selon-le-genre-des-conjoints-quebec>>.

¹⁶ Voir Louise Langevin, « Une histoire privée et du privé: conjointes de fait, exploitation et libre choix. L'enrichissement injustifié revisité à la lumière de la décision de la Cour d'appel » dans Langevin et Landheer-Cieslak, *supra* note 7 à la p 299.

¹⁷ Nous considérons qu'il y a ici discrimination et atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art 15(1) de la *Charte canadienne*, selon les critères élaborés par la Cour suprême du Canada. Voir *Québec (PG) c A*, *supra* note 2 ; *Première Nation de Kahkewistahaw c Taypotat*, 2015 CSC 30 ; *Andrews*, *supra* note 12 ; *Charte canadienne des droits et libertés*, art 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11. Si l'union de fait est une forme de conjugalité acceptée dans la société québécoise et qu'elle est devenue la norme, le PL56 envoie le message que cette réalité sociale serait moins acceptable que le mariage.

¹⁸ Communiqué de presse, 28 mars 2024 : « Aucun enfant ne devrait faire les frais de la séparation de ses parents. Depuis les années 80, le taux de couples non mariés a quintuplé, si bien que désormais, la plupart des enfants naissent d'unions libres au Québec. Il était devenu essentiel d'agir pour adapter le droit aux nouvelles réalités familiales et prévoir un filet de sécurité pour offrir aux enfants la meilleure stabilité possible en cas de rupture des parents. Le projet de loi propose ainsi une solution équilibrée en instaurant les protections nécessaires pour éviter que les enfants ne subissent les contrecoups de la séparation de leurs parents, tout en maintenant le libre choix pour les couples qui souhaiteraient convenir d'une entente qui leur est propre. » (*Simon Jolin-Barrette, ministre de la Justice et procureur général du Québec*)

Contrairement à ce que le ministre de la Justice affirme, le PL56 ne protège pas tous les enfants. Il crée quatre catégories d'enfants :

1. Ceux dont les parents sont mariés et qui sont soumis au partage du patrimoine familial à la rupture. Ce patrimoine, qui est constitué des résidences familiales, des meubles s'y trouvant, des automobiles à l'usage de la famille et des régimes de retraite¹⁹, s'avère beaucoup plus généreux que le « patrimoine d'union parentale » proposé par le PL56 qui est « minimaliste », pour ne pas dire famélique. Ce dernier contient la résidence familiale (des études montrent que 80% des conjoint.e.s de fait sont déjà copropriétaires de celle-ci, donc cette mesure a peu d'impacts réels²⁰), les meubles (qui ont très peu de valeur, donc cette mesure a peu d'impacts réels) et les automobiles (qui sont très souvent louées, donc cette mesure a peu d'impacts réels). Ce patrimoine en version minimaliste a donc très peu d'effets protecteurs à la rupture, puisqu'il ne contient pas les sommes accumulées dans les régimes de retraite, contrairement au patrimoine familial réservé aux couples mariés.
2. Ceux dont les parents ne sont pas mariés et vivent en union de fait, et qui selon le PL56, seront soumis à un partage d'un plus petit patrimoine d'union parentale lors de la dissolution de l'union (si ces parents ne s'excluent pas de ce partage).
3. Ceux dont les parents ne sont pas mariés et vivent en union de fait, et qui se seront exclus par la possibilité du retrait (« *opting-out* ») de la protection du plus petit patrimoine familial proposé par le PL56.
4. Ceux dont les parents ne sont pas mariés et vivent en union de fait, et qui ne sont pas visés par le PL56, parce que ces enfants sont nés avant l'entrée en vigueur du PL56 prévue pour juin 2025 ou sont nés d'une union précédente comme c'est le cas des familles recomposées.

Selon le mode de conjugalité de leurs parents, et les protections juridiques qui y sont rattachées, les enfants seront plus ou moins bien protégés sur le plan économique à la rupture conjugale. Rappelons que 65% des enfants au Québec naissent de parents conjoints de fait.

¹⁹ Pour des raisons de commodité, nous utilisons ici l'expression « régime de retraite » au sens de l'article 415 al 5 CcQ.

²⁰ Hélène Belleau et Carmen Lavallée, *Une analyse juridique et sociologique du PL56 créant l'union parentale : Portrait de la situation au Québec*, Montréal, INRS, 2024 à la p 27, en ligne : <<https://espace.inrs.ca/id/eprint/15587>>.

On peut s'interroger sur les raisons qui justifient une telle situation. L'objectif d'assurer aux enfants un niveau de vie équivalent après la rupture conjugale, peu importe leur mode de garde, n'est pas respecté. L'argument du ministre voulant protéger les enfants ne tient donc pas la route. Certains enfants méritent-ils d'être plus protégés que d'autres? L'époque où le droit distinguait entre les enfants légitimes et illégitimes est révolue depuis 1980. On voit donc que la liberté décisionnelle que le ministre de la Justice veut reconnaître aux conjoint.e.s de fait se bute à une réelle protection économique des enfants.

1.2 LA DISCRIMINATION À L'ÉGARD DES FEMMES

Si le PL56 discrimine à l'égard des enfants, il traite aussi de façon discriminatoire les conjointes de fait. Nous considérons que les femmes sont les grandes oubliées de cette réforme. On ne peut penser le bien-être et le meilleur intérêt de l'enfant en faisant l'impasse sur la condition économique de sa mère. Il ne s'agit pas ici de ramener les femmes à leur seul rôle de mère ou de remettre en question leur capacité décisionnelle. Ce sont les statistiques qui nous montrent noir sur blanc les coûts de la maternité pour les femmes²¹. Le PL56 a été pensé comme si l'égalité pour les femmes était déjà atteinte, ce qui n'est pas le cas. Tout argument défendant la liberté contractuelle détachée de son exercice dans le réel se fera au détriment des femmes.

Ce PL56 crée sept catégories de femmes :

1. Les femmes mariées, avec ou sans enfant, qui ont droit à la moitié du patrimoine familial et à une pension alimentaire (selon leurs besoins et la capacité de payer de l'ex-époux) à la rupture conjugale.

²¹ Voir Annabelle Seery, « Une politique familiale visant une meilleure articulation famille-travail. Enjeux pour des parents québécois de milieu socioéconomique modeste » (2020) 35 *Enfances, Familles, Générations* DOI : 10.7202/1077683ar : « Toutes les études disponibles montrent que les mères sont plus nombreuses que les pères à se prévaloir d'un congé à la naissance de leur enfant [...] les familles biparentales avec au moins un enfant mineur, où la mère n'a aucun revenu d'emploi (14 %) sont plus nombreuses que celles où ce sont les hommes (4 %) qui sont dans la même situation [...] dans ces mêmes familles, "un peu plus de quatre mères sur dix (43 %) sont sans revenu d'emploi ou gagnent moins de 20 000 \$" par année [...] La présence d'enfant pousse ainsi les hommes vers l'activité professionnelle, alors que c'est le contraire pour les femmes [...] Les femmes sont donc celles qui modifient leur trajectoire professionnelle, mais sont aussi les responsables du "fonctionnement" des différentes responsabilités et activités de la famille » (références omises). Marie-Eve Fournier, « Les mères n'ont pas le temps d'épargner », *La Presse* (31 mars 2024) en ligne : <<https://www.lapresse.ca/affaires/chroniques/2024-03-31/les-meres-n-ont-pas-le-temps-d-epargner.php>> ; Gérard Bérubé, « Conjuguer l'argent au féminin », *Le Devoir* (13 avril 2024) B8.

2. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, avec des enfants nés de leur union actuelle et nés après juin 2025 (entrée en vigueur du PL 56), qui auront droit au partage du patrimoine d'union parentale à la rupture conjugale. Rappelons que le patrimoine d'union parentale n'inclut pas les régimes de retraite (qui est l'actif le plus important). Toutefois, elles pourront s'adresser aux tribunaux pour qu'ils déterminent la valeur d'une prestation compensatoire selon leur apport en services et en biens qui a enrichi leurs conjoints.
3. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, avec des enfants nés de leur union actuelle et nés après juin 2025 (entrée en vigueur du PL 56), qui n'auront pas droit au partage du patrimoine d'union parentale à la rupture conjugale, parce qu'elles ont accepté de se soustraire de l'application du patrimoine d'union parentale. Elles pourront tenter le recours pour prestation compensatoire en cas d'appauvrissement. Comme nous le démontrons plus loin, ce dernier recours suscite beaucoup d'interrogation quant à son application.
4. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, avec des enfants nés de leur union actuelle, mais nés avant juin 2025 (entrée en vigueur du PL56), qui ne sont pas reconnues dans le Code civil à la rupture conjugale. Aucune protection juridique, sauf le recours en enrichissement injustifié, mais avec les coûts engendrés par ce genre d'action et par la complexité de la preuve.
5. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, avec des enfants nés d'une union précédente (famille recomposée), qui ne sont pas reconnues dans le Code civil à la rupture conjugale. Aucune protection juridique. Certaines de ces femmes peuvent s'être occupées des enfants de leur conjoint, avec les conséquences économiques qui en découlent. Le recours en enrichissement injustifié est disponible, mais avec les coûts engendrés par ce genre d'action et par la complexité de la preuve.
6. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, avec ou sans enfant nés avant juin 2025 (entrée en vigueur du PL 56), qui ont conclu avec leur conjoint un contrat de vie commune qui prévoit le partage d'un patrimoine familial (ou moins) et possiblement une pension alimentaire. Il semble que très peu de conjoint.e.s de fait concluent ce genre de contrat qui n'est pas encadré comme le contrat de mariage notarié en minute. Art 440 CcQ.
7. Les femmes non mariées qui vivent en union de fait, sans enfant. Ces femmes sont totalement ignorées dans le PL56. En cas d'appauvrissement en raison de l'union conjugale (ex : une conjointe de fait qui prend soin de ses beaux-parents âgés, qui

accompagne son conjoint qui travaille à l'étranger ou qui travaille gratuitement ou presque dans l'entreprise de son conjoint), elles pourraient tenter le recours en enrichissement injustifié, mais avec les coûts engendrés par ce genre d'action et par la complexité de la preuve.

Cette seule énumération des sept catégories de femmes/mères créées par le PL56 démontre bien la différence de traitement juridique entre ces femmes et les incohérences qui en découlent. Par cette catégorisation, le PL56 porte un jugement de valeur sur les femmes (et leurs enfants) à protéger lors de la rupture conjugale. On comprend que certaines femmes (et leurs enfants) méritent davantage de protection juridique, comme la mère mariée, en raison de leur statut matrimonial. On peut voir ici un relent de la famille traditionnelle, hétérosexuelle, et patriarcale. En maintenant la distinction entre les couples mariés et non mariés, ce PL56 porte un jugement de valeur sur les formes de conjugalité, certaines méritant d'être protégées et d'autres pas. Le législateur ne peut imposer un modèle de conjugalité et de famille, au risque de porter atteinte au droit à la dignité et à l'égalité des personnes. On imagine déjà les litiges qui attaqueront la constitutionnalité de ces articles.

Ces catégories d'enfants et des femmes, créées par le PL56, résultent de deux mesures discriminatoires : l'exclusion des régimes de retraite du patrimoine d'union parentale et la possibilité de s'en soustraire.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le patrimoine d'union parentale est très maigre et aura peu d'impacts rémédiateurs pour les conjoint.e.s les plus vulnérables sur le plan économique à la rupture conjugale. Les régimes de retraite constituent l'actif le plus important des couples. Il est inexact – à la limite trompeur – de distinguer entre la résidence familiale et le régime de retraite pour justifier l'exclusion de ce dernier du patrimoine d'union parentale. Certains argumentent que le régime de retraite n'est pas vraiment à l'usage de la famille comme la résidence peut l'être, qu'il ne vise pas directement les enfants puisqu'il servira aux ex-conjoints à leur retraite après le départ des enfants, que de plus en plus de femmes profitent d'un régime de retraite. Ces arguments ne reflètent pas la réalité. Si les femmes participent davantage à un régime de retraite, il est souvent moins avantageux en raison des plus petits salaires de celles-ci, de leurs absences du marché du travail en raison des maternités, du travail à temps partiel pour le bien de la famille, de leur capacité réduite à économiser pour la retraite²². L'exclusion des régimes de retraite du patrimoine d'union parentale ne reconnaît pas le travail invisible et gratuit des femmes auprès des enfants. Derrière les enfants, il y a les

²² Voir Fournier, *supra* note 21.

mères²³. Pourtant, depuis 1980, le Code civil prend en compte le travail des femmes mariées dans la sphère privée (art 396 CcQ : « à proportion de leurs facultés respectives »). De plus, cet argument sous-estime les choix financiers assumés par tous les membres de la famille en matière de loisirs, de vacances et d'autres dépenses non encourues que les investissements dans les régimes de retraite et les REER exigent, faute des liquidités nécessaires. Ainsi, un conjoint s'enrichit par une forme d'économie forcée pour assurer une retraite confortable pour lui, et ce, aux dépens de tous les autres membres de la famille, enfants et conjointe, parce que les régimes de retraite ne sont pas inclus dans le patrimoine d'union parentale et donc non partageable.

La possibilité pour les conjoint.e.s de fait de se soustraire de l'application du patrimoine d'union parentale nous interroge, puisque les couples mariés ne peuvent pas se retirer du partage du patrimoine familial. Ces choix politiques ne protègent pas les enfants et leur mère. Peu importe qu'il y ait eu célébration d'un mariage ou pas, les familles possèdent les mêmes caractéristiques et jouent le même rôle dans leur vie quotidienne. Pourtant, les conjointes mariées et leurs enfants obtiennent une plus grande protection. Le législateur ne peut pas discriminer envers les conjointes et leurs enfants en raison de leur choix matrimoniaux. On peut se demander pourquoi une conjointe de fait avec des enfants (nés après l'entrée en vigueur du PL56) accepterait de se soustraire de l'application du patrimoine d'union parentale, si minimaliste soit-il, même après avoir reçu l'avis juridique indépendant d'un.e notaire ou d'un.e avocat.e, sans la présence de son conjoint²⁴. À moins que le couple soit co-proprétaire de la résidence familiale ou que la conjointe puisse compter sur un important capital, la pression exercée par le conjoint nous semble être la seule explication à un retrait par la conjointe.

En plus de l'argument de la protection des enfants, le ministre de la Justice soulève celui du libre choix pour justifier ses politiques législatives : les couples peuvent décider de se marier pour une meilleure protection économique lors de la rupture. Ils pourraient même bonifier le patrimoine d'union parentale en y ajoutant les régimes de retraite.

La liberté contractuelle a été au cœur du débat sur la protection juridique des conjoint.e.s de fait au Québec. C'est au nom de cette liberté contractuelle qu'ils ont été exclus de

²³ Nous reconnaissons que les pères québécois sont de plus en plus présents auprès de leurs enfants. Les statistiques démontrent cependant que les mères consacrent plus de temps aux enfants et ont la charge mentale de l'organisation de la maisonnée. Voir *Ibid.*

²⁴ Voir la section 3.4 au sujet des conditions afin de garantir un consentement libre et éclairé au retrait de la protection du patrimoine.

toute protection. L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Québec (Procureur Général) c A*²⁵, connu sous l'appellation populaire *Éric c Lola*, portant sur la protection juridique des conjoint.e.s de fait à la suite d'une rupture conjugale, constitue un très bon exemple des conceptions variées de la liberté décisionnelle.

Écrivant au nom de trois autres collègues, le juge LeBel adopte une approche très classique de la liberté décisionnelle : toutes les personnes sont capables de l'exercer²⁶. Pour lui, les conjoint.e.s de fait ont pris une décision libre et éclairée de ne pas se marier et ces personnes comprennent qu'elles ne sont pas protégées par le Code civil en cas de rupture conjugale.

Pourtant, la liberté contractuelle ne peut se penser de façon désincarnée en faisant abstraction des réalités sociales. Des parties dans des situations d'inégalité ne peuvent réellement négocier et en arriver à une entente juste, particulièrement dans le contexte familial. On ne peut ignorer les contraintes sociales, religieuses ou financières qui influent sur la décision de se marier ou non. Pour se marier, encore faut-il être deux ! Il est assez clair des études sur le sujet que les couples ne choisissent pas leur forme d'union à partir d'une connaissance claire des droits et des obligations qui y sont rattachés²⁷. On ne peut leur reprocher leur manque de connaissances juridiques parce que le législateur lui-même entretient une confusion. En effet, dans les lois à caractère social et fiscal, tous les couples

²⁵ Le nom officiel de cet arrêt est *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5. La Cour suprême du Canada a déclaré, par une très mince majorité, que le traitement différencié des conjoint.e.s de fait et des conjoints mariés dans le *Code civil du Québec* lors de la rupture n'était pas discriminatoire en vertu de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*supra* note 17). Cet arrêt est à l'origine de la présente réforme. Il compte quatre opinions, quatre juges qui considèrent qu'il n'y a pas d'atteinte au droit à l'égalité des conjoint.e.s de fait (les juges LeBel, Fish, Rothstein et Moldaver) et quatre autres qui affirment le contraire (les juges Abella, Deschamps, Cromwell et Karakatsanis). C'est l'opinion de la juge en chef McLaughlin qui fait pencher la balance du côté de la validité constitutionnelle des articles attaqués. Bien qu'elle considère qu'il y a une atteinte au droit à l'égalité, elle conclut qu'il s'agit d'une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique (*Charte canadienne, supra* note 17, art 1) (para 447). En accord avec l'opinion du juge LeBel, elle affirme que « [...] l'approche du Québec est ancrée dans son histoire et dans son contexte social uniques » (para 413). « Le fait que le Québec ait choisi une politique différente de celles adoptées par les autres provinces, et ce, en conformité avec son histoire et ses valeurs sociales propres, n'invalide pas pour autant son régime législatif. » (para 415). Elle note bien au passage que les autres provinces canadiennes protègent les conjoint.e.s de fait (para 415). Sa prise de position a été perçue comme étant politique. Il aurait été très mal vu que le plus haut tribunal du pays affirme que le *Code civil* était discriminatoire et dicte au Québec la voie à suivre. Les articles 401 à 430, 432, 433, 448 à 484 et 585 CcQ qui accordent des protections en cas de rupture aux seuls couples mariés sont donc valides.

²⁶ *Québec (PG) c A, supra* note 2 opinion du juge LeBel, aux para 260, 274 et 276. Il affirme : « [a]ucun élément de preuve mis de l'avant par [l'ex-conjointe] ne tend à démontrer que la politique du libre choix, du consensualisme et de l'autonomie de la volonté ne correspond pas à la réalité vécue par les personnes visées » (au para 272).

²⁷ Hélène Belleau, « Le mythe du mariage automatique » [aux pp 87 et s] et « Les perceptions de l'encadrement juridique de la vie conjugale » [aux pp 124 et s] dans H Belleau, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle, supra* note 6.

sont considérés comme mariés²⁸. Alors en toute logique, cette règle devrait s’appliquer dans tous les autres domaines juridiques. Il est très difficile d’expliquer les motifs à la base de cette distinction, sauf pour dire de façon un peu ironique que lorsque l’État veut limiter le versement d’allocations ou aller chercher plus d’impôt, il marie tous les couples²⁹!

Dans sa dissidence dans l’arrêt *Walsh*, la juge L’Heureux-Dubé remettait déjà en question l’argument de la liberté de choix des couples non mariés. Elle affirmait : « [l]es couples ne conçoivent pas leur union en termes de contrats [...] En d’autres termes, le fait que le mariage donne lieu à des obligations juridiques n’indique pas en soi que la source de ces obligations résulte d’un échange négocié ou d’un consensus »³⁰. Pour reprendre la question si bien posée par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Walsh*³¹, les couples non mariés sont-ils à ce point différents des couples mariés pour justifier la différence de traitement législatif?

Cette position se trouve aussi dans la dissidence de la juge Abella dans l’arrêt *Québec (Procureur) c A*³². La notion de besoins et de protection du ou de la conjoint.e vulnérable est au cœur de son opinion, et non pas celle de liberté de choix³³. Elle considère que les conjoint.e.s de fait présentent les mêmes caractéristiques que les couples mariés, caractéristiques qui ont amené le législateur québécois à adopter des mesures de protection pour les couples mariés, comme le partage du patrimoine familial lors de la dissolution de l’union. Elle affirme :

Ils [les conjoints de fait] forment des relations de longue durée; ils se partagent les tâches ménagères et il s’établit entre eux une grande interdépendance; et, fait crucial, le conjoint financièrement dépendant — et par conséquent vulnérable — subit, au moment de la dissolution de l’union, les mêmes inconvénients que les conjoints mariés ou unis civilement³⁴.

Selon la juge Abella, dans la réflexion sur l’encadrement juridique de la conjugalité, il ne faut pas s’arrêter à la forme de l’union conjugale (conjoint.e.s mariés ou non); il faut

²⁸ Par exemple, *Loi sur les régimes de rentes du Québec*, RLRQ c R-9; *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* chapitre, RLRQ c A-3.001, art 2 (définition de conjoint); *Loi d’interprétation*, RLRQ c I-16, art 61.1 (définition de conjoint).

²⁹ Sur les incohérences engendrées par cette situation, voir Robert Leckey, « Regards croisés sur l’union de fait en droit québécois » (2023) 64:1 Cahiers de droit 217.

³⁰ *Nouvelle-Écosse (PG) c Walsh*, [2002] 4 RCS 325 aux para 145-146.

³¹ *Ibid* au para 92.

³² Les juges Deschamps, Cromwell et Karakatsanis partagent l’avis de la juge Abella sur l’atteinte au droit à l’égalité des conjoint.e.s de fait. Ils ne partagent pas son avis sur le traitement de la pension alimentaire.

³³ *Québec (PG) c A*, *supra* note 2 au para 305.

³⁴ *Ibid* au para 284.

plutôt analyser la nature de la relation³⁵ : « [c]omme le démontre l'histoire du droit de la famille actuel, l'équité requiert que nous nous attachions au *contenu* réel de la structure sociale de la relation »³⁶.

Quant aux mécanismes alternatifs comme le contrat de vie commune et le recours en enrichissement injustifié pour corriger des injustices découlant de l'union conjugale, elle considère que « ces solutions de rechange sont [...] tout aussi inadéquates pour remplacer le régime de partage des biens »³⁷. D'ailleurs, le besoin de protection législative des conjoint.e.s de fait plus vulnérables est bien réel, puisque de nombreuses provinces canadiennes ont adopté des lois qui les assimilent aux couples mariés³⁸.

En se concentrant sur les besoins réels de la conjointe vulnérable à la rupture conjugale, et non sur la liberté contractuelle des conjoint.e.s, la juge Abella adopte l'approche de l'égalité réelle. Elle affirme que l'exclusion des conjoint.e.s de fait des protections juridiques accordées aux couples mariés dans le Code civil est discriminatoire.

À notre avis, l'argument du respect du libre choix des conjoint.e.s de fait sert à cacher les coûts du travail invisible et gratuit des femmes dans la sphère privée et porte atteinte à leur droit à l'égalité réelle. En créant différentes catégories d'enfants et de femmes/mères, le PL56 discrimine à leur égard. Il distingue entre les enfants selon les circonstances de leur naissance, ce qu'il ne peut faire (art 522 CcQ). Il distingue entre les mères, certaines d'entre elles méritant une plus grande protection juridique. Il distingue entre les formes de conjugalité, accordant plus de protection juridique au mariage. Il porte donc un jugement de valeur sur certaines familles, ce qui n'est pas le rôle de l'État, et il reproduit des stéréotypes à l'égard de la bonne famille patriarcale et hétérosexuelle assujettie au mariage.

³⁵ *Ibid* au para 315.

³⁶ *Ibid* au para 285. Italiques dans l'original.

³⁷ *Ibid* au para 365. Depuis cette décision, la Cour d'appel du Québec a facilité la preuve de l'enrichissement et de l'appauvrissement dans le cadre d'une action pour enrichissement injustifié. Voir, entre autres, Violaine Belzile, « Conjoint.s de fait et enrichissement injustifié : comme si l'amour allait durer toujours, bilan des 11 dernières années », Barreau du Québec, *Service de la formation continue*, vol 515 : Développements récents en droit familial, Montréal, Yvon Blais, 2022, 83; Leckey, *supra* note 29.

³⁸ Citons ici l'Ontario qui impose une pension alimentaire aux conjoint.e.s de fait : *Loi sur le droit de la famille*, LRO 1990, c F.3, arts 29 et s. Certaines imposent aussi aux conjoint.e.s de fait le partage des biens familiaux : *Family Property Act*, RSA 2000, c F-4.7, arts 1.1, 3.1 et 5.1; *Family Law Act*, SBC 2011, c 25, arts 3(1)(b)(i), 3(2) et 81; *Loi sur les biens familiaux*, CPML, c F25, arts 13-14.

1.2 RECOMMANDATIONS

1. Traiter tous les enfants de la même façon sur le plan juridique à la rupture conjugale de leurs parents, peu importe le statut matrimonial de ces derniers;
2. Éviter de séparer le bien-être des enfants de celui de leur mère;
3. Orienter les politiques publiques afin de protéger le conjoint le plus vulnérable à la suite de la rupture pour atteindre l'égalité réelle pour les femmes, et non pas par l'entremise de la liberté décisionnelle;
4. Prévoir une analyse des impacts du PL56 sur les femmes (analyse différenciée selon le sexe ou ADS).

PARTIE II L'EFFET DU PL56 : LA PRESTATION COMPENSATOIRE INCERTAINE ET LES LIMITES À L'ACCÈS À LA MÉDIATION FAMILIALE POUR LES CONJOINT.E.S DE FAIT

L'adoption du PL56 entraînera des effets insoupçonnés. Premièrement, l'établissement d'une prestation compensatoire incertaine combinée à un patrimoine d'union parentale insuffisant conduira à une insécurité juridique forçant les conjoint.e.s de fait à faire appel aux tribunaux pour obtenir justice (section 2.1). Deuxièmement, cette même insécurité en droit met à mal le recours par les conjoint.e.s de fait à la médiation familiale, un processus pourtant fondamental pour favoriser l'accès à une justice participative qui vise l'apaisement de relations familiales en crise et la détermination, par le dialogue et la communication, de nouvelles formes de parentalités pour l'avenir (section 2.2).

23

2.1 LA PRESTATION COMPENSATOIRE : UNE HISTOIRE PRÉOCCUPANTE ET UN AVENIR IMPRÉVISIBLE

Le PL56 institue une prestation compensatoire en faveur des conjoint.e.s de fait qui, par leur apport en biens et en services, ont contribué à l'enrichissement du patrimoine de leur partenaire. Il est étonnant que le législateur choisisse d'utiliser l'expression « prestation compensatoire » dans le cas des conjoint.e.s de fait. Comme nous le verrons, si son historique augure défavorablement pour l'avenir, la Cour suprême du Canada a dû intervenir pour rectifier certaines interprétations qui étaient en contradiction avec les objectifs législatifs québécois.

Dans cette partie, nous expliquons l'historique de la prestation compensatoire dans les années 1980 (section 2.1.1). Nous énonçons ensuite les raisons qui risquent de motiver les conjoint.e.s de fait à se tourner vers les tribunaux pour obtenir une compensation, notamment en raison de l'iniquité engendrée l'exclusion des régimes de retraite et des RÉER du patrimoine familial. La reconnaissance par les tribunaux de la conjugalité de fait comme co-entreprise familiale pour évaluer l'enrichissement injustifié constitue un précédent pour l'interprétation de l'apport en biens et en services des femmes à l'union de fait. Cette sous-section traite également de l'importante distinction entre la valeur marchande et celle qui est accumulée (section 2.1.2). Enfin, la section 2.1.3 expose le déni d'accès à la justice potentiel que représente le retour aux processus judiciaires dans le domaine familial.

2.1.1 L'HISTOIRE DE LA PRESTATION COMPENSATOIRE DANS LES ANNÉES 80

L'histoire infâme de cette institution aurait milité en faveur de s'en tenir loin. En effet, la jurisprudence extrêmement conservatrice interprétant la prestation compensatoire

entre 1980 et 1988 a conduit à l'institution du régime du patrimoine familial obligatoire afin de rétablir une certaine équité lors de la rupture des personnes mariées. Elle visait notamment à contrer les conséquences injustes du régime de la séparation de biens, qu'une certaine pratique notariale avait généralisée même dans des cas inappropriés.

Aussi, au début des années 1990, la Cour suprême du Canada, dans un jugement signé par le juge Charles Gonthier, avait sévèrement critiqué le manque de reconnaissance de la contribution des conjointes au mariage ainsi que les conséquences négatives de la rupture sur leur patrimoine. Dans son opinion, le juge Gonthier avisait les tribunaux de faire preuve de souplesse dans l'analyse des faits et du droit puisqu'« une trop grande rigidité dans l'application du fardeau de preuve imposé à la partie demanderesse relativement à chacun de ces éléments aurait pour résultante l'anéantissement des effets bénéfiques du recours »³⁹. Il rappelle que l'objectif visait à « rétablir l'équilibre injustement rompu entre deux patrimoines par le déroulement de la relation matrimoniale »⁴⁰. Au surplus, il souligne que la prestation est empreinte d'un souci d'équité « qu'il faut bien garder à l'esprit dans son application »⁴¹.

Rappelons que l'application du régime d'ordre public du patrimoine familial ne s'est pas réalisée sans heurts puisque le partage des régimes de retraite et des REER a connu une grande résistance de la part des bénéficiaires-propriétaires de ces économies⁴². Il importe également de rappeler que la Cour suprême du Canada a dû intervenir afin d'assujettir les régimes de retraite des juges au partage lors de la dissolution d'un mariage alors que la Cour d'appel du Québec refusait d'en ordonner la répartition entre les époux.⁴³ Le

³⁹ *Lacroix c Valois*, [1990] 2 RCS 1259 à la p 1278 [*Valois*].

⁴⁰ *Ibid* à la p 1283.

⁴¹ *Ibid* à la p 1284.

⁴² Au début de l'implantation du régime obligatoire du patrimoine familial, les avocat.e.s en droit de la famille prévenaient les femmes-débitrices des réactions de colère et de frustration de leurs ex-conjoints lorsqu'ils recevaient la signification des procédures réclamant le partage de leurs régimes de retraite. L'annonce de ces conséquences financières représentait alors une période particulièrement risquée pour les épouses, surtout dans les cas où l'initiative de la rupture émanait d'elles. Aujourd'hui, comme alors, les risques s'avèrent encore plus élevés dans les cas où la violence conjugale sévit.

⁴³ Dans cette affaire entamée en 2006 devant la cour supérieure [*X c Y*, 2006 QCCS 1338], le juge Pierre C Fournier avait rendu un jugement bien motivé et révisant les différentes exceptions permettant de déroger au principe du partage égal du patrimoine familial. Il avait conclu au partage d'une somme de près de 800 000\$, soit la somme actuarielle du régime de retraite d'un juge de la Cour du Québec âgé de 70 ans. Contre toute attente, l'arrêt infâme de la Cour d'appel [*Y c X*, 2006 QCCA 1353], rédigé par les juges Jean-Louis Baudoin et Yves-Marie Morissette, deux anciens éminents professeurs de droit, ainsi que par le juge Allan R Hilton, casse la décision de première instance afin de soustraire le régime de retraite du juge appelant du partage des biens avec son ex-conjointe. Ce pan jurisprudentiel se dénoue par une intervention nécessaire de la Cour suprême [*MT c JYT*, 2008 CSC 50], dans une décision du juge LeBel où ce dernier, condamnant la solution injuste de la Cour d'appel, rétablit le partage du régime de retraite en faveur de

caractère d'ordre public du patrimoine familial a changé la donne en forçant le partage, laissant place progressivement à une plus grande acceptabilité sociale basée sur la valeur de l'égalité pour les femmes qui demeure fondamentale au Québec et ce, même si l'égalité réelle reste un idéal à atteindre.

2.1.2 LA PRESTATION COMPENSATOIRE : VÉHICULE POUR PARTAGER LES RÉGIMES DE RETRAITE ET LES RÉER

Le patrimoine d'union parentale prévu au PL56 contient la résidence familiale qui est généralement détenue en copropriété par les conjoint.e.s de fait⁴⁴. La voiture en location n'entre pas dans le patrimoine, et lorsqu'elle est acquise, elle se dévalue très rapidement, comme les autres meubles. Les régimes de retraite et les RÉER ne sont pas exclus du patrimoine d'union parentale, ils ne sont simplement pas inclus.

Dans ce cadre, l'apport d'un.e conjoint.e en biens et en services qui entraîne l'enrichissement de son partenaire devra se mesurer en fonction des autres possessions des couples en union de fait, comme les sommes accumulées dans des placements non enregistrés, des régimes de retraite, des REER, la valeur d'un immeuble à revenus ou d'une résidence secondaire.

Le PL56 soulève plusieurs questions de droit. Quelle sera l'interprétation que feront les tribunaux de la détermination de l'apport en biens et en services d'un.e conjoint.e et de l'enrichissement en contrepartie de l'autre partenaire (section 2.1.2.1)? Si les juges concluent qu'une compensation doit être versée à la conjointe ou au conjoint appauvri.e, quels biens serviront au dédommagement (2.1.2.2)?

2.1.2.1 L'APPORT EN BIENS ET EN SERVICES

La prestation compensatoire pour les conjoint.e.s de fait proposée par le PL56 intrigue puisqu'elle précise que l'apport en biens et en services doit être limité à sa *valeur marchande* et non à sa *valeur accumulée*.

Pourtant, en ce moment, dans le recours en enrichissement injustifié intenté par un.e conjoint.e de fait, lorsque les conditions de la coentreprise sont réunies⁴⁵, les tribunaux

l'ex-conjointe appelante, garantissant ainsi que tous les régimes de retraite sont inclus dans le patrimoine familial des époux.ses québécois.

⁴⁴ H Belleau et Lavallée, *Une analyse juridique et sociologique du PL56*, supra note 20 à la p 27.

⁴⁵ « 1) les parties ont collaboré à la réalisation d'objectifs communs importants, 2) lorsqu'il y a un niveau élevé d'intégration des finances des parties, 3) lorsque les parties avaient l'intention de partager la richesse qu'elles ont créée ensemble, et 4) qu'une partie s'est fiée à l'autre, à son détriment, pour le bien-être de la famille » *Droit de la famille – 132495*, 2013 QCCA 1586 au para 56, inf. *Droit de la famille – 123039*, 2012 QCCS 5408.

prennent la valeur accumulée des biens et de services fournis par le conjoint.e appauvri, et non la valeur marchande, dans l'évaluation de la compensation. La valeur accumulée permet de reconnaître l'apport du travail des femmes à la coentreprise⁴⁶.

Il semble peu probable que le législateur intervienne pour réduire les avancées jurisprudentielles si durement acquises aux bénéficiaires des conjointes de fait. Comme son nom l'indique, l'objectif consiste à compenser l'appauvrissement de la conjointe qui a contribué à la co-entreprise familiale par des services non rétribués et qui a enrichi le conjoint. Il apparaît invraisemblable que le législateur adopte une loi qui instituerait un régime si défavorable aux conjoint.e.s moins nantis, puisqu'il constituerait un recul notoire par rapport à un courant jurisprudentiel récent visant précisément à contrecarrer une iniquité flagrante.

Rappelons la similitude entre le recours pour enrichissement injustifié et celui pour une prestation compensatoire : l'appauvrissement d'une partie qui a causé l'enrichissement de l'autre, sans justification. Une telle parenté s'explique sans doute par le fait de la similitude évidente et incontestable entre les différentes formes de conjugalités, comme le rappelait si justement la juge Rosalie Abella dans l'arrêt *Éric c Lola*⁴⁷ en 2013. La démarche judiciaire similaire d'une recherche d'égalité et de justice n'étonne pas puisqu'elle cherche à établir une équité entre des situations identiques dans les faits.

En conséquence, en raison de la rédaction de l'article portant sur la prestation compensatoire (valeur marchande vs valeur accumulée), l'institution d'une prestation compensatoire devra faire l'objet d'une interprétation jurisprudentielle au cours des prochaines années. Comme nous le verrons à la section 2.2, la nouvelle prestation compensatoire conduit donc à une incertitude juridique qui remet en question de manière fondamentale le recours à la médiation familiale pour les conjoint.e.s de fait.

2.1.2.2 LES ACTIFS DISPONIBLES POUR PAYER LA COMPENSATION

Pour les citoyen.ne.s de la classe moyenne élevée, les régimes de retraite ainsi que les REER accumulés constituent une forme d'économie forcée dans le premier cas et volontaire dans le second. Ils représentent souvent des sommes substantielles et

⁴⁶ Pour reconnaître la valeur du travail invisible des femmes, la Cour d'appel indique dans la décision *Droit de la famille — 201878*, 2020 QCCA 1587 au para 88 : « Il m'apparaît alors équitable que l'indemnité qui servira à compenser l'appauvrissement s'arrime à la valeur de la richesse en proportion de la contribution fournie par l'appauvrie qui l'a permise. Établir la valeur de l'appauvrissement en fonction d'un taux horaire ou d'une autre méthode similaire appliqué aux services rendus par le conjoint appauvri qui a participé à l'accumulation de la richesse de l'autre ne permettrait pas de révéler la véritable nature de son appauvrissement, lequel est difficilement quantifiable. Accorder une valeur horaire au travail domestique du conjoint appauvri équivaldrait dans ces cas précisément à ignorer leur réalité. ».

⁴⁷ *Québec (PG) c A*, *supra* note 2 au para 284.

matérialisent certaines des restrictions financières assumées par tous les membres de la famille afin de planifier les besoins financiers de la période qui suit la vie active rémunérée et d'économiser les sommes requises en rapport avec cette projection économique à long terme. Ces économies, qui fructifient avec le temps au gré des fluctuations du marché, visent la protection financière des travailleur.se.s rémunérés au moment de la retraite. En somme, ces montants importants ainsi que l'équité de la valeur de la résidence familiale (le montant véritablement remboursé de l'hypothèque et des intérêts sur les prêts combiné à la plus-value) constituent généralement la part du lion du patrimoine familial des conjoint.e.s mariés ou non.

Or, comme mentionné plus haut, la résidence principale est déjà majoritairement détenue en copropriété par les conjoint.e.s de fait (ce dont on doit se réjouir). Cependant, la non-inclusion des régimes de retraite dans le patrimoine de l'union parentale et donc, l'exclusion de sommes importantes particulièrement dans les cas de revenus disproportionnés entre les membres du couple, mène à deux effets principaux.

Premièrement, il conduit à un sentiment, une perception ou une réalité d'injustice envers les personnes les moins nanties, majoritairement les conjointes. En effet, il risque de laisser les femmes dans une grande précarité financière au moment de la retraite, d'autant plus que leur espérance de vie dépasse celle des hommes. Dans le contexte de l'union de fait, l'institution d'une prestation compensatoire pour les conjoint.e.s fait miroiter la correction de cette inégalité par sa reconnaissance potentielle. Comme les sommes en jeu, dont la valeur actuarielle des régimes de retraite, s'avèrent généralement significatives, l'iniquité flagrante causée par l'absence du partage des régimes de retraite pourrait encourager les conjointes à rechercher une juste compensation en intentant des procédures judiciaires pour obtenir la reconnaissance de leurs apports en biens et en services sous les auspices d'une prestation compensatoire.

Deuxièmement, l'adoption, par le législateur, d'une prestation compensatoire pourrait conduire au partage des régimes de retraite. Pour la plupart des unions de la classe moyenne, il s'agit du seul bien qui contient des sommes importantes et donc, la seule source d'argent pour payer la compensation de l'apport de la conjointe qui conduit à l'enrichissement de son ex-partenaire. Toutefois, au lieu que les régimes de retraite soient partagés automatiquement lors de la rupture, comme c'est le cas pour les couples mariés ou unis civilement, le tribunal devra déterminer la valeur de la compensation et ses modalités de paiement.

2.1.3 LE DÉNI D'ACCÈS LA JUSTICE POUR LES CONJOINT.E.S DE FAIT

Devant l'incertitude juridique ainsi que l'expertise requise pour faire la preuve de la justesse d'une prestation compensatoire, les conjoint.e.s de fait, dont la grande majorité se retrouveront dans une situation d'injustice au moment de la rupture, n'auront d'autre choix que de se tourner vers les tribunaux, délaissant ainsi la pratique acceptée et populaire au Québec de la médiation familiale.

La complexité de la preuve et du calcul de la prestation compensatoire réduit l'accès à la justice des conjoint.e.s de fait. En effet, les partenaires mariés et unis civilement bénéficient d'un patrimoine suffisamment généreux, parce qu'il inclut généralement tous les biens de valeur, dont notamment les régimes de retraite et les REER, pour que les personnes de la classe moyenne n'aient pas besoin d'introduire une demande de prestation compensatoire. En contrepartie, les conjoint.e.s de fait désormais soumis au maigre patrimoine d'union parentale devront assumer les honoraires d'avocat.e.s pour faire valoir leurs droits.

L'institution de la prestation compensatoire prévue par le PL56 constituera une véritable manne pour les membres du Barreau en raison de la prévalence de l'union de fait au Québec et des conséquences lésionnaires d'un patrimoine d'union parentale famélique. Elle conduira également à l'engorgement des tribunaux par le recours à des demandes auprès de la Cour supérieure du Québec afin de fixer ses paramètres ainsi que les critères de détermination des apports en biens et en services, de l'enrichissement correspondant et des modalités de la compensation.

Il importe d'ajouter que d'autres enjeux importants d'accès au droit et à la justice se dessinent à l'horizon en raison de l'adoption du PL56. En effet, les taux horaires très élevés des membres du Barreau, surtout s'ils et elles sont spécialisés, entraînent deux risques.

Le premier concerne les fortes chances que les conjoint.e.s de fait qui réclament une prestation compensatoire se privent des conseils juridiques, faute de moyens. Le phénomène de justiciables non représentés atteint les 50% dans les dossiers en matière familiale⁴⁸. Cette pratique, bien compréhensible du point de vue des citoyen.ne.s, nuit au bon développement de la jurisprudence, qui plus est, dans le cas de l'interprétation d'une nouvelle mesure. Dans les faits, les juges risquent de ne pas avoir accès aux éléments de

⁴⁸ Selon Emmanuelle Bernheim, « Seul-e devant la justice : état de la situation québécoise » (2016) 16 Nouveaux Cahiers du socialisme 61 à la p 61, le taux de justiciables non représentés par des juristes en matière familiale atteint 50%; Il est évalué à 42% dans Richard-Alexandre Laniel, Alexandra Bahary-Dionne et Emmanuelle Bernheim, « Agir seul en justice : du droit au choix — État de la jurisprudence sur les droits des justiciables non représentés » (2018) 59:3 Cahiers de droit 495 à la p 528 n 175.

preuve requis pour déterminer les apports, l'enrichissement et la valeur de la compensation, s'il y a lieu. Elle complique aussi le travail des juges lorsqu'une ou les deux membres du couple ne bénéficient pas des services d'avocat.e.s.

Le second risque réside dans la réalité tangible que les conjoint.e.s de fait renoncent à leurs droits devant les coûts, les délais ainsi que l'incertitude juridique provoquée par l'adoption d'une prestation compensatoire à l'interprétation imprévisible, au moins jusqu'à ce que la jurisprudence se stabilise, et qu'il soit possible de savoir si elle accorde ou non des compensations véritablement équitables pour les conjoint.e.s.

En résumé, la combinaison de l'institution du patrimoine de l'union parentale et d'une prestation compensatoire par le PL56 crée une incertitude juridique. Le patrimoine de l'union parentale s'avère extrêmement maigre. La prestation compensatoire annonce la reconnaissance d'injustices lorsque l'apport de l'un.e conduit à l'enrichissement de l'autre. S'il y a un apport en biens et en services qui conduit à l'enrichissement du conjoint, la compensation devra être payée à même les autres biens de l'union parentale. Toutefois, dans la classe moyenne, peu de personnes possèdent d'autres actifs. En conséquence, les tribunaux devront peut-être se tourner vers le partage des régimes de retraite afin d'établir les modalités du dédommagement par celui qui s'est enrichi. Ainsi, la prestation compensatoire risque de conduire au partage indirect des régimes de retraite, une possibilité que seuls les juges seront à même de déterminer.

Dans ces circonstances, le PL56 semble rendre illusoire le recours, par les conjoint.e.s de fait, à la mesure d'accès à la justice qu'est la médiation familiale au Québec.

2.2 LA MÉDIATION FAMILIALE OU LE RETOUR AUX TRIBUNAUX POUR LES CONJOINT.E.S DE FAIT

Depuis 1997⁴⁹, le recours à la médiation familiale s'avère une véritable réussite au Québec et une source de fierté pour les défenseur.e.s de l'accès à la justice lors de ruptures conjugales⁵⁰. En effet, ce mode de prévention et de règlement des différends

⁴⁹ *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, LQ 1997, c 42.

⁵⁰ Un rapport réalisé par la firme SOM pour le ministère de la Justice du Québec indiquait que 84% des répondants concluaient une entente lors de leur médiation familiale; SOM, *Sondage sur les services de médiation familiale : rapport final présenté au Ministère de la Justice*, Québec, avril 2017 à la p 23; Élisabeth Godbout, Karine Poitras et Johanne Clouet, « Le recours à la médiation familiale au Québec : exploration des facteurs sociodémographiques et contextuels » (2002) 207 *Informations sociales* 32 à la p 36 : « Parmi les services documentés dans l'enquête [...], la médiation familiale est celui qui est de loin le plus connu et le plus utilisé : 78 % des parents interrogés déclarent le connaître [...] Parmi les parents connaissant ce service, 65 % ont eu recours à des services de médiation familiale, ce qui correspond à près de la moitié des

mise sur la justice participative en ce qu'il favorise la participation active des conjoint.e.s dans la détermination des conséquences de leur séparation tant pour eux que pour leurs enfants.

Dans cette section, nous examinons les bienfaits et le rôle du processus de la médiation dans la gestion des conséquences de la rupture conjugale (2.2.1). Nous décrivons ensuite les éléments qui expliquent la réussite de la médiation familiale (2.2.2) et les conditions nécessaires à la négociation de zones grises en droit (2.2.3). Nous terminons par l'analyse de la menace potentielle ou les complications engendrées par le PL56 sur l'accès à la médiation familiale non seulement pour les conjoint.e.s de fait, mais également les conséquences néfastes sur leurs enfants (2.2.4). Elle nous conduit à la conclusion que le PL56 mine le processus de la médiation familiale au profit du recours judiciaire traditionnel, ce qui constitue un net recul dans l'histoire juridique du Québec, mais aussi un véritable déni d'accès à la justice qui affecte particulièrement les conjoint.e.s de fait et leurs proches. Enfin, nous concluons cette partie en évoquant certaines des conséquences des limites au processus de médiation familiale (2.2.5).

2.2.1 LES BIENFAITS DU PROCESSUS DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Le choix d'encourager une médiation globale et interdisciplinaire opérée généralement par un.e seul.e intervenant.e issu de l'un de plusieurs ordres professionnels désignés⁵¹ entraîne la négociation d'accords qui couvrent l'ensemble des arrangements lors d'une rupture conjugale. Par la voie de services de médiation ouverts à tous, les couples en instance de rupture concluent des ententes qui portent sur le plan d'action parental qui détermine les engagements parentaux vis-à-vis des enfants au sujet de leur lieu de résidence, leur éducation, leur santé et leur bien-être. Il porte également sur toutes les

parents interrogés au total. Ces derniers ont, pour la quasi-totalité, utilisé les séances gratuites de médiation familiale ».

⁵¹ Le *Règlement sur la médiation familiale* prévoit que pour obtenir l'accréditation le demandeur doit « être membre du Barreau du Québec, de la Chambre des notaires du Québec, de l'Ordre professionnel des conseillers et conseillères d'orientation du Québec, de l'Ordre des psychologues du Québec, de l'Ordre professionnel des travailleurs sociaux et des thérapeutes conjugaux et familiaux du Québec ou de l'Ordre professionnel des psychoéducateurs et psychoéducatrices du Québec ou être un employé d'un établissement qui exploite un Centre de protection de l'enfance et de la jeunesse au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (chapitre S-4.2) et, dans ce dernier cas, satisfaire aux conditions nécessaires pour être admissible à l'un des ordres professionnels ci-dessus mentionnés »; *Règlement sur médiation familiale*, RLRQ c-25.01, r 0.7, art 1. Pour une analyse de la contribution de chacune des professions à l'approche de la médiation, voir Linda Bérubé, « La collaboration interdisciplinaire : une clé essentielle pour le développement de la médiation familiale » dans Lisette Laurent-Boyer dir, *La médiation familiale*, éd révisée, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 113.

dispositions financières, telles que le partage des biens ainsi que la pension alimentaire pour les enfants et, dans certains cas, pour l'ex-conjoint.e.

La généralisation de la pratique de la médiation familiale représente une avancée notoire dans la gestion de la rupture conjugale par rapport au recours traditionnel au système judiciaire. La médiation familiale favorise le dialogue et la communication entre les parents afin de gérer le mieux possible les conséquences de leur séparation. Cette pratique vise à encourager les bonnes relations entre les membres d'un couple qui appivoisent une nouvelle parentalité. Pour ce faire, les parents déterminent eux-mêmes les termes de leurs ententes, imaginent des solutions sur mesure viables au quotidien et s'acquittent de leurs obligations vis-à-vis leur famille au moyen d'un processus qui requiert leur participation volontaire et active fondé sur la notion d'*empowerment* des parties. Selon cette conception, les parents détiennent le pouvoir, les capacités et demeurent les mieux placés pour choisir pour leurs enfants et pour eux-mêmes les meilleurs arrangements post-rupture.

Le Québec remporte la palme mondiale des conjoint.e.s de fait puisqu'il « compte 43% de couples en union libre »⁵². Les couples en union de fait se séparent dans une proportion plus grande que ceux qui sont mariés et ils rompent leur relation aussi plus tôt que ces derniers⁵³. Ils constituent donc une proportion importante des couples qui vivent une rupture conjugale et qui doivent déterminer les conditions ainsi que les conséquences de leur séparation.

2.2.2 LE PROGRAMME QUÉBÉCOIS DE MÉDIATION FAMILIALE : UNE RÉUSSITE

Or, le secret de la réussite de la médiation familiale repose sur plusieurs facteurs : un important incitatif financier (2.2.2.1); un cadre normatif suffisamment précis pour en faciliter l'application (2.2.2.2) et une méthode pour négocier certaines normes juridiques incertaines (2.2.2.3). Or, le PL56 met en péril le recours en médiation familiale pour les conjoint.e.s de fait (2.2.2.4).

⁵² H Belleau et Lavallée, *Une analyse juridique et sociologique du PL56*, supra note à la p 3; Statistiques Canada, « État de l'union : Le Canada chef de file du G7 avec près du quart des couples vivant en union libre, en raison du Québec » *Le Quotidien* [Ottawa] (13 juillet 2022) à la p 2, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/fr/daily-quotidien/220713/dq220713b-fra.pdf?st=3ezyUp-m>>.

⁵³ France-Pascale Ménard et Céline Le Bourdais, « Diversification des trajectoires familiales des Canadiens âgés de demain et conséquences prévisibles sur le réseau de soutien » (2012) 41:1 Cahiers québécois de démographie 131 aux pp 133-134 : « l'union libre demeure néanmoins nettement plus instable que le mariage, et ce, même après la naissance d'enfants. Près de la moitié des unions libres formées durant les années 1990 au Canada ont abouti à une séparation dans les douze années suivant la mise en couple, comparativement à moins d'une union sur quatre parmi les mariages non précédés d'une période de cohabitation ».

2.2.2.1 UN FINANCEMENT INCITATIF

Premièrement, l'incitatif financier favorise réellement le recours à la médiation familiale, mais également l'accessibilité à ce processus⁵⁴. Le *Troisième rapport d'étape du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale* affirme que « la gratuité constitue le principal incitatif à la décision des parties d'entreprendre la médiation familiale »⁵⁵.

2.2.2.2 UN CADRE NORMATIF CLAIR ET FACILE D'APPLICATION

Deuxièmement, l'encadrement législatif et réglementaire clair a permis d'observer une différence notable dans les négociations des conjoint.e.s dans le contexte de la médiation familiale⁵⁶. Aux débuts de l'implantation de la médiation familiale dans les années 1980, les dossiers pouvaient prendre de 10 à 20 heures pour se régler en raison de l'incertitude normative.

Cette situation a changé de manière décisive avec l'adoption de règles claires qui traduisent un consensus social accepté. Nous illustrons, par deux exemples, ce cadre normatif précis qui facilite les négociations en médiation familiale : le barème de fixation des pensions alimentaires pour enfants (sous-section 2.2.2.2.1) et les règles régissant le patrimoine familial obligatoire du mariage et de l'union civile (sous-section 2.2.2.2.2).

⁵⁴ *Règlement sur la médiation familiale*, RLRQ, c C-25-01, r 0.7, arts 10-10.4 : Si les conjoints ayant un enfant commun à charge décident de recourir au processus de médiation familiale, les honoraires du médiateur sont payés par le gouvernement pour 5 séances d'une heure pour gérer les conséquences de la rupture lorsqu'il est dans leur intérêt et celui de leur enfant [arts 10 al 1 et 10.1 al 1]. Il prévoit le même mécanisme pour une durée de 2 heures 30 afin de permettre la révision d'un jugement ou d'une entente préalable [10.1 al 2 *in fine*]. Lorsque les conjoints sans enfant commun à charge font appel à la médiation, le gouvernement assume le paiement jusqu'à concurrence de 3 heures [10.4 al 1 et 2]. Pour ceux-ci, le gouvernement n'assume pas la révision d'un jugement ou d'une entente préalable [10.4 al 3]. Les conjoints doivent payer les montants qui excèdent les 5 heures, 2 heures 30 ou 3 heures subventionnées au taux prédéterminé par l'État. Il s'agit d'un tarif obligatoire pour le médiateur affilié au régime public. Au moment d'écrire ses lignes, le taux gouvernemental était fixé à 130 \$ de l'heure [10.3(1); 10.4 al 1].

⁵⁵ Comité de suivi de l'implantation de la médiation familiale, *Troisième rapport d'étape du Comité de suivi sur l'implantation de la médiation familiale*, présidé par Lorraine Fillion Québec, Gouvernement du Québec, 2008 à la p 96.

⁵⁶ Entrevue tenue le 13 avril 2024 avec Linda Bérubé au sujet du PL56. Linda Bérubé est une travailleuse sociale, qui a été une pionnière de la médiation familiale au Québec et qui l'a vue évoluer au cours de plus de quatre décennies. Elle a publié notamment : Danielle Lambert et Linda Bérubé, *La médiation familiale, étape par étape*, 3^e éd, Montréal, LexisNexis Canada, 2016 qui est en cours de mise à jour et qui demeure l'ouvrage phare pour apprendre la médiation familiale dans le contexte québécois ainsi qu'en France; Linda Bérubé, *Rompre sans tout casser*, Montréal, Éditions de l'Homme, 2001.

2.2.2.2.1 LE BARÈME DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS

L'adoption en 1997 du *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*⁵⁷, constitue un exemple de mesure ayant participé à faciliter le processus de médiation

familiale en prescrivant des paramètres précis pour l'établissement des contributions financières pour les enfants. Il visait notamment à contrer l'incapacité des parents et des intervenant.e.s, tant sociaux.ales que juridiques, à estimer adéquatement les besoins financiers réels des enfants dans un budget familial.

Avant l'adoption du *Barème de fixation des pensions alimentaires pour enfants* [ci-après Barème], faute de normes claires, les négociations et les décisions judiciaires reposaient sur des approximations subjectives qui rendaient difficile l'établissement de budgets familiaux réalistes. L'incertitude en découlant conduisait à des disparités inexplicables dans les jugements concernant la détermination de la pension alimentaire pour les enfants, et ce, alors que les circonstances de vie et les revenus des parents se comparaient⁵⁸.

L'adoption d'un barème fixant un minimum obligatoire préétabli, en fonction de la combinaison des revenus des parents et en proportion de leurs capacités financières respectives qui tient aussi compte des bénéfices gouvernementaux, facilite grandement le processus de négociation de la pension alimentaire pour enfants dans le cadre de la médiation familiale, mais aussi devant les tribunaux.

De plus, les règles du Barème s'avèrent suffisamment précises pour être expliquées aux parents afin qu'ils puissent apporter seuls les changements nécessaires lorsque les circonstances des nouvelles configurations familiales justifient de nouvelles obligations familiales. Par exemple, la pension alimentaire pour enfants doit être révisée lors d'un changement dans les revenus d'un des parents ou lorsque le plan d'action parentale est modifié significativement. Ces mesures législatives fournissent des paramètres législatifs clairs et utiles aux négociations entre parents.

2.2.2.2.2 LE PATRIMOINE FAMILIAL OBLIGATOIRE DU MARIAGE ET DE L'UNION CIVILE

De même, les règles d'ordre public relatives au partage du patrimoine familial des conjoints mariés⁵⁹ adoptées en 1989 se révèlent faciles d'application en médiation familiale autant pour des médiateur.rice.s juristes que les professionnel.le.s issus d'autres disciplines.

⁵⁷ *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, RLRQ, c C-25, r 6.

⁵⁸ Entrevue tenue le 13 avril 2024 avec Linda Bérubé au sujet du PL56, *supra* note 56.

⁵⁹ *Loi modifiant le Code civil du Québec afin de favoriser l'égalité*, *supra* note 5.

Pour la classe moyenne, et à moins d'exception, tous les biens acquis lors du mariage sont inclus dans le patrimoine familial dont la résidence familiale, les meubles, les régimes de retraite et les REER. Il suffit d'en déterminer la valeur à partir de critères objectifs et acceptables pour les deux membres du couple et de la partager en parts égales.

Le consensus social autour de l'idée d'une conjugalité conçue comme une co-entreprise familiale dans laquelle les contributions financières et les apports en services non rémunérés s'accumulent au profit de tous les membres de la famille facilite le partage des biens. S'il s'avère souvent difficile pour les conjoint.e.s bénéficiant d'un revenu plus imposant de partager la valeur actuarielle de leurs ressources en vue de la retraite investies dans des régimes de retraite et des REER, l'obligation d'ordre public facilite de manière manifeste les négociations en médiation familiale.

Dans la classe moyenne, le régime matrimonial détermine les règles applicables aux rares biens qui excèdent ceux inclus dans le patrimoine familial. Dans ce contexte, la prestation compensatoire s'applique aux cas plus complexes qui impliquent une entreprise à laquelle les conjoint.e.s contribuent et aux patrimoines particulièrement bien nantis.

2.2.3 LA NÉGOCIATION DES ZONES GRISES EN MÉDIATION FAMILIALE

La médiation familiale demeure possible lors de négociation de certaines zones grises en droit. Toutefois, elles nécessitent l'intervention de conseiller.ière.s juridiques indépendants.

Les médiateur.rice.s en matière familiale proviennent de plusieurs disciplines au Québec. En choisissant un modèle fondé sur la médiation globale, le législateur consacre l'intervention de professionnel.le.s formés en droit et dans d'autres domaines.

La formation ainsi que la pratique s'appuient sur la distinction entre l'avis et le conseil juridiques. Ainsi, les médiateur.rice.s sont habilités à donner de l'information juridique. Toutefois, lorsque la question en jeu concerne une zone grise, ils doivent demander aux protagonistes de s'enquérir de leurs droits et de leurs obligations auprès de juristes indépendants distincts et, idéalement, spécialisés en droit de la famille. La négociation se déroule alors à la lumière de l'information recueillie lors de ces conseils juridiques.

Pour les juristes, la question pour départager s'ils peuvent ou non se prononcer sur une question de droit, consiste à déterminer si un.e psychologue ou un.e travailleur.se social.e placé.e dans la même situation peut fournir de l'information juridique sans consulter de jurisprudence. Ainsi, si la réponse est positive, les médiateur.rice.s juristes peuvent se prononcer en transmettant au couple les renseignements pertinents. Si elle est négative,

ils doivent diriger les personnes qui participent au processus de médiation vers des collègues spécialisés.

La détermination d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s mariés illustre bien ce type de négociation et constitue le meilleur exemple d'une telle zone grise où la prudence est de mise pour les juristes lorsqu'ils pratiquent la médiation familiale. Dans ces cas, ils et elles doivent diriger les personnes vers des conseiller.ière.s juridiques indépendants sur au moins trois points. Premièrement, est-ce que les conjoint.e.s ont le droit à une pension alimentaire pour couvrir leurs besoins et l'obligation d'en verser une? Si oui, quel est l'ordre de grandeur d'une telle pension? Le logiciel AliForm permet d'établir une fourchette des montants mensuels au titre de pension alimentaire en fonction du cumul des revenus et des besoins des époux.ses⁶⁰. De fait, des juristes spécialisés ont utilisé la jurisprudence canadienne établie sur plusieurs décennies pour déterminer ces versements. Les juges exigent souvent d'avoir accès à cette information lorsqu'ils sont appelés à trancher cette question. Enfin, les personnes doivent s'enquérir de la détermination ou non d'un terme à la pension alimentaire puisque cette question se révèle d'importance pour le créancier de l'obligation.

La pension alimentaire entre conjoint.e.s mariés soulève d'importants enjeux particulièrement dans les cas de mariages de longue durée de personnes qui approchent de leur retraite et qui ont vécu une union marquée par une importante disparité de revenus. Les conséquences économiques de ce partage déterminent les revenus disponibles à moyen et à long termes pour la retraite des deux conjoint.e.s. Elles peuvent affecter la décision pour le créancier alimentaire de se retirer ou non de la vie active. En 2022, le programme de médiation familiale financé par le gouvernement a été modifié pour inclure les conjoint.e.s sans enfant à charge, notamment pour tenir compte de cette réalité⁶¹.

2.2.4 L'IMPACT POTENTIEL DU PL56 SUR LE RECOURS À LA MÉDIATION FAMILIALE

Dans ce contexte, quel sera l'impact potentiel du patrimoine d'union parentale sur la médiation familiale? Le patrimoine d'union parentale inclut trop peu de biens, de peu de valeur. Contrairement au régime du patrimoine familial réservé aux couples mariés, son partage soulèvera la réalité ou la perception d'injustice pour les conjoint.e.s de fait aux revenus moindres, puisque les montants investis dans les régimes de retraite et dans les

⁶⁰ Wolters Kluwer, *Guide de l'utilisateur AliForm*, Brossard, Wolters Kluwer Québec Ltée, 2022, en ligne : https://tc.cch.ca/cchservices/download/files/documents/WKC/Guide%20AliForm%202022_EN.pdf

⁶¹ *Règlement modifiant le Règlement sur la médiation familiale*, D 981-2022, (2022) GOQ II, 3194, art 1.

REER ne seront pas distribués automatiquement entre les membres du couple au moment de la rupture.

Dans ces circonstances, la prestation compensatoire, qui ne prévoit pas de règles claires, engendrera un recours judiciaire nécessaire pour contrer l'injustice et l'iniquité. En effet, les médiateur.rice.s familiaux ne pourront pas la traiter puisque se prononcer sur cette question équivaut à prendre parti pour un des membres du couple, ce qui aurait pour effet d'aller à l'encontre de leur devoir d'impartialité.

De plus, le manque de repères historiques, contextuels et jurisprudentiels conduit à une incertitude juridique que même les membres du Barreau spécialisés en droit de la famille ne sauront dissiper, au moins au début de l'application de cette prestation compensatoire nouvelle et pendant sa période de rodage. Cette insécurité juridique risque de perdurer dans le temps puisque les juges voudront adapter leurs décisions aux réalités sociales liées au monde du travail et aux différentes formes de conjugalités et de familles. Comme nous l'avons vu plus haut, elle aura également pour effet de forcer les conjoint.e.s de fait, victimes d'injustice, à avoir recours aux tribunaux avec les coûts et les délais que de telles procédures engendrent.

Finalement, comparativement aux personnes mariées, l'accès à la justice des conjoint.e.s de fait sera réduit de manière notoire par la limitation effective du processus de la médiation familiale.

2.2.5 CERTAINES CONSÉQUENCES DES LIMITES AU PROCESSUS DE LA MÉDIATION FAMILIALE

Les cadres normatifs apaisent en dictant les valeurs sociales. La réforme prévue au PL56, loin de favoriser l'accalmie, risque d'exacerber l'acrimonie et le ressentiment au sein de familles déjà en crise.

Depuis un certain nombre d'années, le Québec se réclame de la laïcité. Il s'avère étrange, et paradoxal, que le PL56 institue un régime qui situe le mariage, qui est investi d'une symbolique religieuse, bien au-dessus des autres formes de conjugalité en plaçant les époux.ses dans une situation beaucoup plus favorable que les conjoint.e.s de fait. En effet, les personnes mariées et unies civilement bénéficient non seulement d'une reconnaissance claire de leurs droits et de leurs obligations, mais également d'un processus accessible de prévention et de règlement des différends qu'est la médiation familiale. Au contraire, les conjoint.e.s de fait se retrouvent soudainement dans un « *Far West* » juridique qui exige un retour aux tribunaux judiciaires afin de connaître et de comprendre leurs droits ainsi que leurs devoirs. Or, il s'agit d'une approche que le législateur a tenté de restreindre depuis 1997 afin de favoriser la justice participative par

le biais de la médiation familiale pour encourager la communication et le dialogue dans la détermination par les parents des dynamiques de leur nouvelle parentalité post-rupture.

Officiellement, le PL56 vise à protéger les enfants. Or, si les enfants s'adaptent à la séparation, ils demeurent très – voire trop – préoccupés par la querelle qui perdure entre leurs parents⁶². Le PL56 risque de remettre les enfants des conjoint.e.s de fait au centre de la chicane de justiciables qui n'auront d'autre choix que de se tourner vers les tribunaux. Les enfants seront également les grands perdants non seulement à cause des tensions entre leurs parents, mais en raison des procédures judiciaires dispendieuses qui dilapideront le patrimoine de leurs parents.

Aujourd'hui, la réclamation d'une prestation compensatoire par des personnes en instance de divorce ne s'applique qu'à des patrimoines familiaux bien nantis, dans la mesure où ils contiennent des biens qui excèdent ceux prévus dans le régime obligatoire. La détermination de la valeur de l'apport et de l'enrichissement de l'autre conjoint.e nécessite généralement l'intervention du tribunal afin de procéder à leur évaluation ainsi qu'à la mise en œuvre du paiement, s'il y a lieu. La médiation familiale peut difficilement intervenir pour procéder à cette détermination puisqu'il s'agit d'une « zone grise », incertaine et imprévisible, que même les conseillers juridiques indépendants experts en droit de la famille parviennent difficilement à éclairer.

2.3 RECOMMANDATIONS

5. Considérer la vie commune comme une « co-entreprise familiale », peu importe la forme de la conjugalité;
6. Reconnaître la contribution des femmes dans la société québécoise et valoriser leur travail invisible et non rémunéré.

⁶² Voir Bérubé et Lambert, *supra* note 56.

PARTIE III PROPOSITIONS POUR L'ÉGALITÉ RÉELLE ET UNE VÉRITABLE LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Pour les auteures de ce mémoire, l'égalité réelle entre tou.te.s les conjoint.e.s constitue la valeur cardinale.

Cette égalité réelle protège non seulement tous les enfants, peu importe la condition de leur naissance, mais également tou.te.s les conjoint.e.s qu'ils ou elles aient choisi sciemment ou non leur type de conjugalité. Il s'agit notamment d'éviter de réinstaurer des catégories d'enfants, comme à l'époque des enfants naturels, en prévoyant, comme le fait le PL56, différents régimes selon la conjugalité de leurs parents.

De plus, cette égalité réelle s'arrime avec toutes les lois sociales du Québec qui octroient aux conjoint.e.s de fait les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'aux couples mariés, en vertu de critères différents selon que l'État verse des bénéfices ou prélève des sommes d'argent. Ainsi, les conjointes assument les conséquences économiques autant de la conjugalité, de la venue des enfants, de la famille que de la rupture qui conduisent à leur appauvrissement à court, moyen et long termes.

Or, les conjoints sont aussi pères, au même moment, de ces mêmes enfants. Et pourtant, ils s'enrichissent pendant leur vie parentale. Souvent, ils recueillent des bénéfices financiers ininterrompus en grimant les échelons de leur emploi et en étant récompensés par des promotions, bénéfices qui se répercutent dans leurs régimes de retraite. À leur tour, ces avantages financiers justifient qu'ils se consacrent à l'avancement de leur carrière, alors que leurs conjointes assument une proportion beaucoup plus grande des obligations parentales et domestiques au détriment de leurs propres revenus et protections à la retraite.

Dans ce contexte, notre proposition vise plutôt à faire porter le poids de ces inégalités au conjoint qui s'est enrichi par la conjugalité et la parentalité, plutôt que de les transmettre éventuellement à l'État et à tous les citoyen.ne.s par le biais des différents programmes sociaux établis pour contrer la pauvreté dans différentes circonstances de vie.

Si le législateur préconise l'égalité réelle de tous les conjoint.e.s ainsi que l'exercice véritable d'une liberté contractuelle libre et éclairée, une solution simple et efficace se dessine d'emblée. Notre proposition favorise à la fois le recours à la médiation familiale pour tou.te.s et l'appel à des conseils juridiques indépendants. Notre proposition préconise l'institution d'un patrimoine familial obligatoire universel jumelé à un droit de retrait et d'assujettissement dont les conditions d'application garantissent un consentement libre et éclairé. Toutefois, elle prévoit de retarder au moment de la

séparation conjugale le droit de négocier un partage inégal du patrimoine familial aux parents d'enfants communs, un droit aussi assorti de garanties pour diminuer les pressions émanant de la rupture en temps de crise.

Dans cette partie, nous proposons un patrimoine familial obligatoire universel calqué sur celui qui existe déjà pour le mariage et l'union civile (section 3.1). Nous prévoyons des possibilités de retrait et d'assujettissement à cette protection juridique (section 3.2). Nous exposons les conditions de ces possibilités afin d'assurer un consentement libre et éclairé à l'exercice de cette liberté contractuelle dans le contexte familial (section 3.4). Toutefois, le retrait est annulé ou interdit dans tous les cas de conjugalités lors de la venue du premier enfant (section 3.3). Aussi, par souci d'équité pour les conjoint.e.s, nous recommandons l'adoption d'une période de 12 à 18 mois pour permettre à tous les couples sans enfant, peu importe leur conjugalité, d'exercer le droit de retrait de la protection du régime de patrimoine familial obligatoire universel (section 3.5). Enfin, pour assurer une certaine cohérence à notre proposition, nous ajoutons la possibilité de la détermination d'une pension alimentaire pour tous les conjoint.e.s (section 3.6).

3.1 UN PATRIMOINE FAMILIAL OBLIGATOIRE UNIVERSEL

Le législateur pourrait opter pour l'application du patrimoine familial actuellement en vigueur dans le cas du mariage et de l'union civile à tous les conjoint.e.s, peu importe leur statut matrimonial. Le patrimoine familial obligatoire et d'ordre public serait ainsi étendu à toutes les personnes, peu importe leur type de conjugalité, avec ou sans enfant.

3.2 LES POSSIBILITÉS DE RETRAIT ET D'ASSUJETTISSEMENT AU PATRIMOINE FAMILIAL OBLIGATOIRE UNIVERSEL

Le régime proposé permettrait le retrait (« *opting-out* ») du partage du patrimoine familial à tou.te.s, ainsi que la possibilité de changer d'idée par un assujettissement (« *opting-in* ») pour bénéficier de la protection juridique dans les cas où des changements dans la famille le requièrent.

3.3 L'ACCÈS AU DROIT DE NÉGOCIATION DU PARTAGE INÉGAL DU PATRIMOINE FAMILIAL DE PARENTS D'ENFANTS COMMUN À LA RUPTURE

Tous les parents d'enfants communs seraient automatiquement assujettis aux règles du patrimoine familial universel à partir de la naissance du premier enfant. Le retrait de la protection du patrimoine familial serait alors interdit et ce, jusqu'au moment de la séparation conjugale.

En conséquence, le retrait du patrimoine familial exercé avant la naissance du premier enfant ne serait valable que pour cette période. Le retrait deviendrait automatiquement nul à partir de la venue du premier enfant, sans qu'aucune mesure active ne soit prise, et ce, pour la durée de la vie conjugale.

Au moment de la rupture, les parents d'enfants communs pourraient renoncer au partage égal de la valeur du patrimoine familial. Ils pourraient ainsi décider de favoriser un.e des conjoint.e.s. Par exemple, le conjoint plus nanti pourrait choisir de laisser sa part dans la résidence familiale à son ex-conjointe pour que celle-ci puisse en être seule propriétaire en considération du fait qu'elle assumerait une garde exclusive des enfants avec un droit de visite et que son revenu demeure le moins élevé.

Lors de la séparation, la famille est en crise. Il s'agit d'une période souvent très difficile lors de laquelle il n'est pas avisé de prendre des décisions importantes qui auront des incidences à long terme. Les pressions exercées peuvent être importantes. Par exemple, l'aspiration à la garde exclusive des enfants par la conjointe peut faire l'objet d'un marchandage pour négocier un partage inégal des biens au profit du conjoint. Dans d'autres cas, il faut mettre en place des moyens pour éviter que la colère ou la culpabilité conduisent à des arrangements financiers post-rupture ressemblant aux effets néfastes du régime de la séparation de biens. Il importe donc de prévoir des mesures afin de s'assurer que des pressions indues ne soient pas tolérées. En conséquence, le partage inégal du patrimoine familial serait soumis aux conditions pour garantir un consentement libre et éclairé explicitées dans la prochaine section.

3.4 LES CONDITIONS POUR GARANTIR UN CONSENTEMENT LIBRE ET ÉCLAIRÉ

Afin d'assurer un consentement libre et éclairé des conjoint.e.s, le retrait comme l'assujettissement seraient assortis des conditions suivantes.

Premièrement, les conjoint.e.s devraient assister à une séance d'information générale sur le patrimoine familial et les conséquences d'un retrait. Les séances actuelles sur la coparentalité qui sont requises pour déposer une demande introductive d'instance afin de gérer les conséquences d'une rupture conjugale pourraient servir de modèles. Pour répondre aux besoins des personnes qui sont en région ou dont la mobilité est réduite, il serait également possible d'imaginer une formation en ligne que les conjoint.e.s pourraient visualiser dans le confort de leur foyer. Afin d'assurer un visionnement réel, les conjoint.e.s seraient appelés à répondre à des questions libellées en langage clair et à obtenir les bonnes réponses comme condition à l'obtention du formulaire d'attestation requis.

Deuxièmement, munis du formulaire d'attestation, les conjoint.e.s devraient consulter chacun séparément un.e juriste indépendant, notaire ou avocat.e, sans la présence de son ou de sa conjoint.e. Ce.tte juriste serait alors tenu non seulement d'expliquer oralement et par écrit les conséquences de la rétractation du partage du patrimoine familial dans le cas particulier de cette rupture conjugale, mais aussi de s'assurer de la compréhension réelle de la personne conseillée individuellement. L'objectif consisterait à informer les conjoint.e.s de manière spécifique afin de tenir compte de leurs réalités patrimoniales particulières. Il serait sage d'interdire l'intervention d'un.e seul.e notaire auprès des deux membres du couple puisque les conjoint.e.s auront alors des intérêts financiers et matériels diamétralement opposés.

Enfin, il importerait de prévoir la possibilité de la rétractation du partage du patrimoine familial auprès d'un.e troisième juriste indépendant, avocat.e ou notaire, afin de réduire les risques de conflits d'intérêts des professionnel.le.s. Le retrait du partage serait assorti de l'attestation gouvernementale de la participation à la séance d'information générale ainsi que des deux avis juridiques indépendants. À cette étape, comme il s'agirait d'une démarche essentiellement administrative, une autre option consisterait à confier à une instance juridique ou judiciaire (greffe, Service administratif de rajustement des pensions alimentaires pour enfants (SARPA), greffier.ière spécial) la tâche de vérifier les documents avant de donner droit officiellement au retrait du partage du patrimoine familial dans l'éventualité ou en présence d'une rupture conjugale.

Il serait également important de prévoir la possibilité de changer d'avis afin de bénéficier de la protection du partage du patrimoine familial. La vie familiale s'avère changeante et ses épreuves, imprévisibles. Ainsi, certaines décisions s'imposent lorsque des personnes vulnérables nécessitent des soins et de l'attention de personnes proches aidantes qui provoquent des changements dans la capacité de gain. Des familles confrontées à de telles situations pourraient choisir de se soumettre de nouveau par un assujettissement (« *opting-in* ») à la protection juridique du patrimoine familial après avoir exercé leur droit au retrait. Cette possibilité pourrait s'appliquer, par exemple, lorsque la famille décide qu'un.e conjoint.e prendra soin d'une personne vulnérable vieillissante ou d'un.e enfant atteint du trouble du spectre de l'autisme qui ne bénéficie plus de services à l'âge de la majorité. Aussi, le choix de la famille de déménager, afin de satisfaire aux aspirations professionnelles d'un.e conjoint.e au détriment de la carrière de l'autre, pourrait militer en faveur d'exercer le droit de bénéficier de la protection du patrimoine familial auquel l'une des personnes avait renoncé auparavant. Ce droit d'assujettissement devrait être soumis aux mêmes conditions que celles énumérées dans la présente sous-section afin d'assurer le consentement libre et éclairé de la décision de chaque conjoint.e.

3.5 L'EXERCICE DU DROIT DE RETRAIT PENDANT UNE PÉRIODE LIMITÉE

Par souci d'équité pour tou.te.s les conjoint.e.s, nous recommandons l'adoption d'une période de 12 à 18 mois pour permettre à tous les couples sans enfant, peu importe leur conjugalité, d'exercer leur droit de retrait de la protection du régime de patrimoine familial obligatoire universel. Nous nous inspirons ici des dispositions transitoires de la loi instituant le patrimoine familial obligatoire pour les personnes mariées en 1989⁶³. Toutefois, nous ajoutons les conditions pour garantir un consentement libre et éclairé des conjoint.e.s dans l'exercice de ce choix⁶⁴.

3.6 UNE PENSION ALIMENTAIRE POUR TOU.TE.S LES CONJOINT.E.S

Si la recommandation d'un patrimoine familial obligatoire universel était retenue, il faudrait prévoir la possibilité de la détermination d'une pension alimentaire pour tou.te.s les conjoint.e.s mariés, unis civilement ou de fait, par souci de cohérence et d'équité. Cette pension alimentaire serait soumise aux conditions actuelles de celle qui s'applique aux conjoint.e.s mariés afin de bénéficier de la jurisprudence actuelle en la matière et des analyses du logiciel Aliform.

3.7 CONCLUSION

Notre proposition vise le respect du droit à l'égalité réelle. Elle ne distingue pas entre les enfants et les femmes selon le statut matrimonial de ces dernières. Elle se fonde sur des règles claires et facilement applicables puisqu'elle recommande l'adoption d'un seul et même régime de partage des biens pour toutes les formes de conjugalité et la détermination d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s dont les normes juridiques ont été établies par les tribunaux. Elle préserve ainsi le recours au programme accessible de médiation familiale globale et interdisciplinaire québécois pour tou.te.s.

L'intervention judiciaire demeurerait nécessaire, comme aujourd'hui, dans plusieurs cas de figure tels les patrimoines familiaux imposants; le partage des biens lorsqu'une entreprise familiale est en jeu; les situations très acrimonieuses et donc non susceptibles de recourir à la médiation; lorsqu'un.e conjoint.e investit ailleurs que dans le patrimoine familial pour éviter ses obligations à l'égard de sa famille; la détermination de revenus pour les conjoint.e.s qui refusent d'en déclarer; la renonciation au partage du patrimoine familial inique, lésionnaire ou sous contrainte; la violence judiciaire; la quérulence; l'abus de procédure ainsi que les affaires qui exigent les pouvoirs de contrainte des juges.

⁶³ *Loi modifiant le Code civil du Québec afin de favoriser l'égalité, supra note 5.*

⁶⁴ Voir la section 3.4 à ce sujet.

RECOMMANDATIONS

7. Adopter des mesures pour contrer l'inégalité et l'injustice causée lors de la venue des enfants;
8. Privilégier les valeurs de solidarité économique et sociale dans les familles;
9. Généraliser le patrimoine familial obligatoire et la prestation compensatoire du mariage et de l'union civile à tous les conjoint.e.s, peu importe leur forme de conjugalité;
10. Prévoir des mesures concrètes pour garantir le consentement libre et éclairé lors de l'exercice du droit de retrait et d'assujettissement à la protection du patrimoine familial obligatoire du mariage et de l'union civile applicable à tout.e.s conjoint.e.s;
11. Interdire et annuler l'effet du retrait de la protection du patrimoine familial obligatoire lors de la venue du premier enfant et ce, jusqu'au moment de la rupture conjugale;
12. Prévoir la possibilité de négocier un partage inégal du patrimoine familial aux parents d'enfants communs au moment de la rupture conditionnée aux mesures concrètes pour garantir le consentement libre et éclairé des conjoint.e.s;
13. Prévoir une période de 12 à 18 mois pour permettre aux conjoint.e.s mariés, unis civilement ou de fait sans enfant de se retirer de la protection juridique du patrimoine familial obligatoire universel;
14. Permettre l'octroi d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s, peu importe leur forme de conjugalité;
15. Adopter des mesures claires et faciles d'application pour le partage des biens et la détermination d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s en cas de rupture conjugale pour maintenir le recours à la médiation familiale pour tou.te.s.

CONCLUSION

Comme en atteste la tentative du PL56, déterminer les orientations et les politiques en matière familiale se révèle un casse-tête difficile à résoudre pour plusieurs motifs.

D'abord, la société québécoise demeure extrêmement divisée sur l'enjeu de la protection juridique des conjoint.e.s de fait au moment de la rupture. Cet enjeu est d'autant plus complexe que la prévalence de la conjugalité de fait au Québec entraîne des conséquences économiques non seulement pour les individus dans ces unions, mais également pour la société tout entière. En réalité, si le conjoint s'enrichit au profit de la conjointe moins nantie, les programmes sociaux soutenus par tou.te.s les citoyen.ne.s devront palier les besoins financiers des enfants et des femmes appauvris par l'union conjugale telle que présentée dans le PL 56. Il en va donc d'une question sociale cruciale. Dans ce contexte, il importe de légiférer de manière générale pour l'ensemble de la société et non afin de protéger certaines situations particulières et les profits individualistes.

Ensuite, l'arbitrage entre différentes options requiert une vision à long terme alors que les différentes compositions familiales se complexifient, permutent et changent constamment. Pourtant, les valeurs de solidarité sociale et économique du Québec s'avèrent avant-gardistes et visionnaires sur le continent nord-américain et par rapport aux politiques publiques de la plupart des pays dans le monde. Ce sont ces valeurs d'égalité réelle ainsi que de solidarité sociale et économique qui distinguent le Québec qui doivent continuer de guider les réformes et éclairer l'avenir du droit de la famille.

C'est dans cette perspective que le présent mémoire milite pour l'adoption de règles claires et uniformes quant aux règles de partage des biens de tous les conjoint.e.s, peu importe les conjugalités. C'est sous l'égide de l'égalité réelle que les propositions de protection universelle des conjoint.e.s ont été imaginées.

Un constat est clair : le PL56 ne résiste pas à l'analyse.

Premièrement, le PL56 se présente comme ayant pour objectif de protéger les enfants. Or, contrairement à cet objectif, il réinstitue plusieurs catégories d'enfants qui sont plus ou moins protégés, comme à l'époque révolue des « enfants naturels » parce que nés en dehors du mariage. Le PL56 discrimine aussi à l'égard des femmes en créant des catégories et en privilégiant les femmes mariées. Il désavantage les un.e.s et favorise les autres comme si le mariage, une institution à connotation religieuse, redevenait socialement préférable dans la société québécoise qui se dit et se veut laïque.

Deuxièmement, le PL56 se fonde sur une fausse prémisse selon laquelle les femmes ont déjà atteint l'égalité économique. Or, comme le démontrent les statistiques, non seulement cette égalité réelle demeure une aspiration, certaines disparités de revenus demeurent choquantes. Il suffit d'examiner les statistiques pour réaliser que le décalage entre la réalité actuelle et l'objectif égalitaire.

Troisièmement, le PL56 institue un patrimoine d'union parentale tellement maigre que des contestations judiciaires deviendront nécessaires afin de contrer l'injustice du partage des biens au moment de la rupture. Il prévoit une prestation compensatoire, au passé peu reluisant, qui devra faire l'objet d'interprétations dans les prochaines années, voire décennies dans les cas applicables aux conjoint.e.s de fait.

Ce faisant, le PL56 rend la médiation familiale peu réaliste pour les conjoint.e.s de fait dont l'écart entre les revenus a caractérisé la vie commune et qui disposent donc de sommes importantes, mais très inégales, investies dans des régimes de retraite et des REER. De manière indirecte, et sans doute involontaire, le PL56 favorise ainsi l'accès à la justice des personnes mariées au détriment des conjoint.e.s de fait qui, comme tous les citoyen.ne.s financent en partie par leurs impôts le processus de prévention et de règlement des différends qu'est la médiation familiale. La médiation familiale permet aux parents de déterminer les arrangements de leur nouvelle parentalité par le dialogue et la communication. Le recours judiciaire au sujet du partage des biens pour obtenir justice risque d'apporter des tensions au sein de familles déjà en crise. Les enfants feront les frais de la querelle qui perdure entre leurs parents.

Quatrièmement, si le PL56 s'intéresse uniquement aux règles relatives au partage des biens des conjoint.e.s de fait, il laisse entière la question de la pension alimentaire entre eux.

Enfin, les auteures du présent mémoire préconisent l'institution d'un patrimoine familial obligatoire universel qui pourrait, dans certains cas, être jumelé à des règles de retrait comme d'assujettissement. Dans le cas des parents d'enfants communs, la négociation d'un partage inégal du patrimoine familial serait repoussée au moment de la rupture conjugale. Enfin, par souci d'équité et de cohérence, les auteures proposent également la possibilité de la détermination d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s selon les critères déterminés dans le cas du mariage et de l'union civile.

RECOMMANDATIONS DU MÉMOIRE

1. Traiter tous les enfants de la même façon sur le plan juridique à la rupture conjugale de leurs parents, peu importe le statut matrimonial de ces derniers;
2. Éviter de séparer le bien-être des enfants de celui de leur mère;
3. Orienter les politiques publiques afin de protéger le conjoint le plus vulnérable à la suite de la rupture pour atteindre l'égalité réelle pour les femmes, et non pas par l'entremise de la liberté décisionnelle;
4. Prévoir une analyse des impacts du PL56 sur les femmes (analyse différenciée selon le sexe ou ADS).
5. Considérer la vie commune comme une « co-entreprise familiale », peu importe leur forme de conjugalité;
6. Reconnaître la contribution des femmes dans la société québécoise et valoriser leur travail invisible et non rémunéré;
7. Adopter des mesures pour contrer l'inégalité et l'injustice causée lors de la venue des enfants;
8. Privilégier les valeurs de solidarité économique et sociale dans les familles;
9. Généraliser le patrimoine familial obligatoire et la prestation compensatoire du mariage et de l'union civile à tous les conjoint.e.s, peu importe leur forme de conjugalité;
10. Prévoir des mesures concrètes pour garantir le consentement libre et éclairé lors de l'exercice du droit de retrait et d'assujettissement à la protection du patrimoine familial obligatoire du mariage et de l'union civile applicable à tout.e.s conjoint.e.s;
11. Interdire et annuler l'effet du retrait de la protection du patrimoine familial obligatoire lors de la venue du premier enfant et ce, jusqu'au moment de la rupture conjugale;
12. Prévoir la possibilité de négocier un partage inégal du patrimoine familial aux parents d'enfants communs au moment de la rupture conditionnée aux mesures concrètes pour garantir le consentement libre et éclairé des conjoint.e.s;

13. Prévoir une période de 12 à 18 mois pour permettre aux conjoint.e.s mariés, uni.s.es civilement ou de fait sans enfant de se retirer de la protection juridique du patrimoine familial obligatoire universel ;
14. Permettre l'octroi d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s, peu importe leur forme de conjugalité;
15. Adopter des mesures claires et faciles d'application pour le partage des biens et la détermination d'une pension alimentaire entre conjoint.e.s en cas de rupture conjugale pour maintenir le recours à la médiation familiale pour tou.te.s.