

Canadian Journal of Family Law

Volume 31 | Number 2

2018

Prestation Compensatoire Et Union De Fait En Droit Québécois : Étude Critique Du Discours Judiciaire

Laurence Saint-Pierre Harvey

Follow this and additional works at: <https://commons.allard.ubc.ca/can-j-fam-l>



Part of the [Family Law Commons](#), and the [Law and Society Commons](#)

Recommended Citation

Laurence Saint-Pierre Harvey, "Prestation Compensatoire Et Union De Fait En Droit Québécois : Étude Critique Du Discours Judiciaire" (2018) 31:2 Can J Fam L 127.

The University of British Columbia (UBC) grants you a license to use this article under the [Creative Commons Attribution- NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International \(CC BY-NC-ND 4.0\) licence](#). If you wish to use this article or excerpts of the article for other purposes such as commercial republication, contact UBC via the Canadian Journal of Family Law at cdnjfl@interchange.ubc.ca

**PRESTATION COMPENSATOIRE ET
UNION DE FAIT EN DROIT QUÉBÉCOIS :
ÉTUDE CRITIQUE DU DISCOURS
JUDICIAIRE**

Laurence Saint-Pierre Harvey*

This paper analyzes a policy recommendation suggesting the compensatory allowance, a mechanism in Quebec matrimonial law, to be the solution of the cohabitation “problem.” The study draws on queer theory to analyze the discourse found in the compensatory allowance case law. The judicial discourse is polarized into two binary categories: spouse taking advantage / spouse being taken advantage of, normal contributions / abnormal contributions. This analysis sheds light on two defining traits of the compensatory allowance. First, as elaborated by judgments, it expresses gendered, heteronormative, and traditional ideas of spousal identity and roles. Second, it is difficult to conceive of the compensatory allowance’s jurisprudence without its closely connected

* Au moment de la rédaction de l’article, l’auteure est directrice adjointe du Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé (Université McGill). Elle est membre du Barreau du Québec (2013), diplômée de l’Université de Montréal (LL.B. 2012) et de l’Université McGill (LL.M. 2018). Ce texte est inspiré d’un mémoire de maîtrise qui a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. L’auteure remercie Robert Leckey pour son accompagnement et ses généreuses réflexions, ainsi que Sophie Asselin, Melissa Beaulieu-Lussier, Angela Campbell, Daniel Crespo, Valérie Héon et Vincent Riendeau pour leurs judicieux commentaires. Elle est reconnaissante envers les éditeurs et éditrices de la revue, et les évaluateurs et évaluatrices anonymes pour leurs suggestions pertinentes.

institutions of matrimonial law. The paper highlights the perils of establishing normalcy as a legal criterion and points to the need for further careful study of this policy recommendation.

Ce texte analyse une proposition de réforme qui met de l'avant la prestation compensatoire, une institution du droit matrimonial québécois, comme solution législative au « problème » de l'union de fait. L'analyse présente une critique du discours judiciaire de la prestation compensatoire dans une perspective queer. Elle propose de démontrer une polarisation du discours, sous deux axes binaires : conjoint profitant / conjointe perdante et normalité de l'apport / anormalité de l'apport. Ces binarités illustrent deux caractéristiques de la prestation compensatoire. D'abord, elle matérialise une vision genrée, hétéronormée et traditionnelle de l'identité et du rôle des conjoints. Ensuite, sa jurisprudence risque d'être difficilement applicable sans son contexte original du droit matrimonial, dans lequel elle est profondément ancrée. Le texte souligne plus largement les difficultés de l'adoption d'un critère légal de normalité et suggère la nécessité d'une étude approfondie de cette proposition de réforme.

1. INTRODUCTION

Ce texte s'adresse primordialement à ceux qui s'intéressent au droit matrimonial québécois ainsi qu'à ceux qui suivent les possibilités de réforme du droit familial dans cette province. De façon subsidiaire, il parle également aux comparatistes qui étudient le transfert des règles de droit d'un contexte à un autre. Sa question principale est la suivante : les injustices qui découlent de

l'union de fait peuvent-elles être solutionnées en soumettant les conjoints de fait à un mécanisme précis qui relève de l'ensemble de mesures du droit matrimonial? Ce texte explore cette question à travers la prestation compensatoire, une institution du droit matrimonial québécois récemment envisagée, par un comité de réforme, comme seule mesure à appliquer aux unions de fait. L'étude de la prestation compensatoire se déploie avec, comme toile de fond, la décision de trois provinces et de tous les territoires d'étendre leur droit matrimonial aux unions de fait, notamment en matière de partage des biens, et alors que la Nouvelle-Écosse et l'Alberta ont également reçu des recommandations en ce sens.

En 2013, la Cour suprême du Canada rend l'arrêt *Québec c. A*¹, appelé communément *Éric c. Lola*, où elle affirme que la politique familiale qui distingue l'union de fait du mariage n'enfreint pas, de manière injustifiée, le droit des conjoints à l'égalité énoncé à la *Charte canadienne des droits et libertés*.² À la suite de l'amorce d'une réflexion sur la situation des unions de fait et, plus largement, sur l'opportunité de réformer le droit familial québécois,³ le Comité consultatif sur le droit de la famille (« le Comité ») articule l'ébauche d'une réforme dans son rapport *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles*

¹ *Québec c. A* 2013 CSC 5, [2013] 1 RCS 61.

² *Charte canadienne des droits et libertés*, 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, art 15(1).

³ Québec, Ministère de la Justice, produit par le Comité consultatif sur le droit de la famille sous la présidence d'Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux réalités conjugales et familiales*, Montréal, Éditions Thémis, 2015 à la p 655 [*Rapport*].

réalités conjugales et familiales (« le *Rapport* »).⁴ Le gouvernement du Québec reste plutôt passif et ne manifeste aucune intention de réagir aux propositions.⁵ En ce sens, même s'il est peu probable que le *Rapport* ait un réel impact législatif, ses réflexions sont importantes dans le cadre d'un débat sur l'avenir du droit familial québécois face aux réalités contemporaines.⁶

Dans une perspective conjugale, le *Rapport* met l'accent sur les valeurs d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle des parties à l'union. Celles-ci se concrétisent, en ce qui concerne l'union de fait, dans une réponse bicéphale. D'abord, le Comité suggère d'instaurer un contrat de cohabitation, outil démocratisé qui permette un aménagement à la carte des rapports pécuniaires entre conjoints de fait. Ensuite, le Comité propose d'étendre l'application de la prestation compensatoire aux unions de fait. Il justifie principalement cette proposition en comparant l'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire et celle de l'enrichissement injustifié, le véhicule actuellement emprunté par les unions de fait lors d'une séparation. En ce sens, la proposition vise à harmoniser ces deux recours lorsqu'ils sont entrepris dans un contexte conjugal. Politiquement, cette proposition pourrait témoigner du malaise qu'aurait entraîné la décision de ne proposer aucun encadrement

⁴ *Ibid.*

⁵ À l'exception de la *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, LQ 2017, c 12, adoptée le 16 juin 2017.

⁶ Régine Tremblay, « Quebec's Filiation Regime, The *Roy Report's* Recommendations, and the 'Interest of the Child' » (2018) 31:1 Can J Fam L 199 aux pp 202–03.

des unions de fait, compte tenu du contexte dont émane la formation du Comité.

Certes, une conjointe de fait est confrontée à un parcours semé d'embûches lorsqu'elle se prévaut d'un recours en enrichissement injustifié en contexte familial.⁷ L'analyse qui suit s'articule dans une perspective autre que celle adoptée dans le *Rapport*; elle n'offre pas une comparaison entre enrichissement injustifié et prestation compensatoire. Plutôt, elle propose d'évaluer la pertinence de la prestation compensatoire comme mécanisme de rétablissement des injustices subies par les conjoints de fait. La prestation compensatoire est l'« indemnité imposée par le tribunal, payable à un conjoint de droit pour un apport autrement dû, en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de l'autre conjoint ».⁸ Porteuse d'espoir, en 1980, comme mécanisme pour combattre l'inégalité entre les conjoints, et entre les genres, la prestation compensatoire est tombée dans l'oubli doctrinal après l'adoption du patrimoine familial, en 1989. Peu d'analyses juridiques ont pensé l'impact de la réforme de 1980, au moment précis où une deuxième réforme invoque la prestation compensatoire comme solution à une nouvelle situation complexe. Si ce texte prend ancrage dans un vide doctrinal important, il ne

⁷ Louise Langevin, « Une histoire privée et du privé : conjointes de fait, exploitation et libre choix » dans Christelle Landheer-Cieslak et Louise Langevin, dir, *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité : Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Yvon Blais, 2015 à la p 299.

⁸ Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les familles*, 2e éd, Montréal, Yvon Blais, 2016, *sub verbo* « prestation compensatoire ».

se veut pas une revue de la littérature écrite sur la prestation compensatoire par les auteurs du droit familial depuis son adoption.⁹ Par l'analyse du discours judiciaire et des binarités qui en découlent, j'énonce certaines caractéristiques de la prestation compensatoire. S'il est possible, éventuellement, que le discours évolue et s'adapte aux injustices qu'il souhaite enrayer, les caractéristiques de l'institution dont il est fait état ci-après décrivent la prestation compensatoire telle qu'elle existe depuis l'adoption du patrimoine familial.

Dans cette optique, je propose une analyse du discours judiciaire de la prestation compensatoire (2). Par la suite, je discute de certaines implications de la recommandation d'appliquer la prestation compensatoire aux unions de fait (3). Sans prétendre offrir une réponse définitive qui se positionnerait sur l'opportunité de la proposition formulée dans le *Rapport*, j'espère contribuer au débat entourant cette proposition en soulevant des arguments qui n'ont pas, jusqu'ici, été considérés.

2. ANALYSE DU DISCOURS JUDICIAIRE

Après avoir formulé quelques précisions quant à la méthodologie de recherche adoptée et au cadre théorique utilisé (2.1), j'analyse deux binarités du discours judiciaire. La première oppose le conjoint profitant à la conjointe perdante (2.2) et la seconde, la normalité de l'apport à l'anormalité de l'apport (2.3).

⁹ Pour une analyse de l'évolution de la prestation compensatoire et une revue exhaustive de littérature, voir Laurence Saint-Pierre Harvey, « La timide évolution de la prestation compensatoire » (2018) 77:2 R du B 137 [Saint-Pierre Harvey, « La timide évolution »].

2.1 REMARQUES MÉTHODOLOGIQUES ET APPROCHE THÉORIQUE

Ce texte étudie le discours judiciaire tenu lors de l'application des critères de la prestation compensatoire aux faits propres à chaque affaire. L'analyse s'intéresse à un corpus de 153 cas de divorce,¹⁰ rendus depuis l'adoption du patrimoine familial en 1989. Dans tous les cas, les jugements divorcent des conjoints de sexes différents, malgré l'ouverture du mariage civil aux conjoints de même sexe en 2004. Le corpus est constitué des décisions rapportées dans la section sur la prestation compensatoire de deux monographies en droit familial québécois,¹¹ ainsi que dans les revues annuelles de jurisprudence.¹² Ces décisions, auxquelles réfèrent les auteurs de doctrine, risquent d'être les plus fréquemment consultées.¹³ Enfin, ont été exclues les décisions citées dans ces textes, mais qui n'appliquent pas les critères de

¹⁰ Lorsque les textes citent à la fois le jugement d'instance et le jugement d'appel, je combine les deux jugements – et leurs discours respectifs – comme émanant d'un même contexte factuel.

¹¹ Mireille Castelli et Dominique Goubau, *Le droit de la famille au Québec*, 5e éd, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005 aux pp 141–55; Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 aux pp 163–85.

¹² Afin que la jurisprudence soit à jour, étant donné l'année de parution des deux monographies, le corpus retient les décisions citées entre 2006 et 2016 dans l'article « De choses et d'autres en droit de la famille » écrit par Michel Tétrault et publié dans chaque numéro des *Développements récents en droit familial*.

¹³ À ces décisions s'ajoutent 23 décisions qui tranchent une demande de prestation compensatoire formulée par le conjoint d'une union non assujettie aux dispositions du patrimoine familial.

la prestation compensatoire aux situations des parties, par exemple lorsqu'elles tranchent une question de droit.

Quelques observations s'imposent à propos de l'approche théorique qui oriente l'analyse et qui permet aux arguments de prendre forme puis de s'articuler les uns avec les autres. Le mot « *queer* » prend sa source dans la langue anglaise. L'approche queer, quant à elle, s'est formée dans une littérature publiée au début des années 1990, principalement aux États-Unis.¹⁴ Définir le queer tel qu'il existe aujourd'hui est un souhait antinomique; c'est précisément l'impossibilité de définir et de stabiliser cette théorie qui permet d'en saisir l'essentiel. Comme l'affirment Robert Leckey et Kim Brooks, « *[the] attraction of queer theory is its resistance to definition. It has little claim to be a unified theory of any sort. If it has a core, queer theory is about resisting categorization, for itself and for its subjects* ». ¹⁵

Premièrement, le queer offre le potentiel d'entrevoir, mais surtout de critiquer, « *as a lens for viewing the world askant* ». ¹⁶ Ainsi conçu, le queer élargit son objet traditionnel d'étude et porte son attention hors

¹⁴ La traduction en français des textes les plus fondamentaux du mouvement queer est récente. À titre d'exemple, alors que Judith Butler publie *Gender Trouble* en 1990, sa traduction française n'est publiée qu'en 2006 : Judith Butler, *Trouble dans le genre : Le féminisme et la subversion de l'identité*, Paris, La découverte, 2006.

¹⁵ Robert Leckey et Kim Brooks, « Introduction » dans Robert Leckey et Kim Brooks, dir, *Queer Theory: Law, Culture, Empire*, New York, Routledge, 2010 à la p 1.

¹⁶ *Ibid* à la p 2.

des sujets et des identités marginales.¹⁷ C'est ainsi que la théorie queer sera utilisée pour critiquer le discours judiciaire de la prestation compensatoire. Dans une optique normative, le queer offre un cadre théorique éclairant aux questions d'encadrement législatif des unions de fait alors que le législateur adopte la prestation compensatoire en 1980 dans l'objectif assumé de tendre vers l'égalité entre les sexes.¹⁸ L'adoption du patrimoine familial neuf ans plus tard témoigne, au-delà d'un simple échec législatif, de l'insuccès d'une gouvernance féministe,¹⁹ qui ne produit pas les effets escomptés, malgré les ressources qui y sont dévolues.²⁰ Le queer, tel qu'envisagé aux fins de ce texte, répond à cette désillusion féministe, puisqu'il envisage un « nouveau féminisme qui conteste la réification du genre et de l'identité » [notre traduction].²¹

¹⁷ Michael Warner, *The Trouble with Normal: Sex, Politics, and the Ethics of Queer Life*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 aux pp 35–36.

¹⁸ « Projet de loi 89, Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », 2e lecture, Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31e lég, 6e sess, vol 23, no 15 (4 décembre 1980) à la p 606 (Marc-André Bédard).

¹⁹ Comme en témoigne les débats législatifs tenus en 1989, dont il est fait état dans Saint-Pierre Harvey, « La timide évolution », *supra* note 9 aux pp 153–55.

²⁰ Janet Halley et al, dir, *Governance Feminism: An Introduction*, Minneapolis, Minnesota University Press, 2018.

²¹ Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 2006 à la p 7.

Dans ce texte, le queer illustre l'influence, sur le raisonnement judiciaire qui reconnaît des droits économiques à un époux, de l'adoption par les conjoints d'une identité de genre et de rôles « normaux ». En ce sens, il invite à une critique de la prestation compensatoire qui va outre l'égalité entre les conjoints de sexes différents qui adoptent un rôle traditionnel dans leur union; il permet d'entrevoir l'égalité parmi les époux de différentes unions, surtout les femmes ou les époux désavantagés dans le mariage. Néanmoins, il ne faudrait pas se méprendre à lire les arguments du texte comme s'ils niaient les injustices vécues encore aujourd'hui par certaines femmes parties à une union. Certes, une lentille queer n'a pas pour but principal d'illustrer les relations de pouvoir dites plus traditionnelles, comme le patriarcat, et leurs conséquences sur le discours judiciaire.²² Néanmoins, par ses réflexions sur la normalité, il éclaire assez naturellement une analyse de la prestation compensatoire, développée majoritairement dans des contextes matrimoniaux traditionnels, et l'idée qu'elle est une institution appropriée pour affronter les enjeux contemporains du droit familial.

Deuxièmement, quelques mots pour rendre compte d'un concept de prédilection de la théorie queer, la

²² Pour un exemple de critique féministe matérialiste du discours jurisprudentiel de la prestation compensatoire avant l'adoption du patrimoine familial, voir Lucille Cipriani, « La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991 » (1995) 36 C de D 209.

binarité,²³ autour duquel l'analyse de ce texte s'articule. Les binarités sont des constructions de catégories binaires, dichotomiques, a priori exclusives et universelles, dont chaque élément se construit et se définit en relation avec l'autre, par ce qui le distingue de l'autre.²⁴ À titre d'exemple, l'opposition entre l'homosexualité et l'hétérosexualité²⁵ crée une binarité, comme l'opposition entre l'homme et la femme.²⁶ Le queer ne poursuit pas l'objectif de dissoudre les différences pour atteindre une identité universelle, mais vise à conserver un champ de différences possibles, multiples, fluides, changeantes, et dont l'expression n'est pas limitée à une structure binaire.²⁷

²³ Le terme « *binaries* » est rarement traduit en français. À l'instar des auteurs Marie-France Bureau et Jean-Sébastien Sauvé, j'emploierai le terme « *binarité* » pour exprimer ce concept : Marie-France Bureau et Jean-Sébastien Sauvé, « Changement de la mention du sexe et état civil au Québec : critique d'une approche législative archaïque » (2011) 41:1 RDUS 1 à la p 38, n 74.

²⁴ Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet*, Berkeley, University of California Press, 2008 aux pp 28, 31; Halley précise un autre attribue des binarités : « *The two classifications are diacritical in the sense that they acquire definition and meaning in relation to one another* » (Janet Halley, « The Construction of Heterosexuality » dans Michael Warner, dir, *Fear of a Queer Planet: Queer Politics and Social Theory*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1994 à la p 83 [Halley, « Heterosexuality »]).

²⁵ Halley, « Heterosexuality », *supra* note 24 à la p 85.

²⁶ Butler, *supra* note 21 à la p 46.

²⁷ Nancy Fraser, « From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age » (1995) 212 *New Left Rev* 68 à la p 83.

Spécifiquement, le discours étudié s'organise autour de deux binarités. Celles-ci, simplistes, nient la complexité du droit de la famille et des relations entre conjoints, notamment la contribution et la capacité de chaque conjoint, ainsi que l'exercice du pouvoir au sein de ces relations, comme nous le verrons ci-dessous.

2.2 CONJOINT PROFITANT / CONJOINTE PERDANTE

Pour avoir droit au versement d'une prestation compensatoire, prévue à l'article 427 CcQ, le conjoint demandeur devra démontrer : (i) un apport en biens ou en services, (ii) un enrichissement, (iii) un lien causal, (iv) la proportion dans laquelle l'apport cause l'enrichissement, (v) un appauvrissement concomitant et (vi) l'absence de cause ou de justification à l'enrichissement.²⁸ La première binarité observée dans le discours judiciaire prend ancrage dans deux des six critères donnant ouverture à l'octroi d'une prestation compensatoire, soit l'enrichissement et l'appauvrissement concomitant. Un courant jurisprudentiel se fonde sur une première binarité du discours, soit l'opposition entre le conjoint profitant et la conjointe perdante. Cette binarité et, plus spécifiquement, l'étude de l'appauvrissement d'un conjoint encouragent les juges à tenir un discours qui pose en victime la conjointe appauvrie. Presque exclusivement, cette victimisation vise les femmes, surtout lorsqu'elles travaillent pour l'entreprise de leur conjoint, s'occupent seules des tâches ménagères ou cumulent ces deux

²⁸ *M(ME) c L(P)*, [1992] 1 RCS 183 aux pp 199–200.

fonctions.²⁹ L'analyse ci-après s'intéresse à l'emploi d'un champ lexical victimaire, qui colore l'apport des demanderesse grâce à l'utilisation d'adverbes et d'adjectifs. Le discours qui traite les femmes comme victimes entraîne deux conséquences abordées successivement ci-dessous : la fossilisation de l'identité des conjoints (2.2.1) et la consécration d'un pouvoir statique entre les seules mains de l'homme défendeur (2.2.2).

2.2.1 Fossilisation de l'identité et performance étatique du genre

Le discours judiciaire consacre comme victimes trois types de demanderesse, soit celles qui travaillent pour l'entreprise du défendeur, celles qui s'occupent des tâches ménagères ou celles qui cumulent ces deux fonctions. Ce positionnement victimaire des femmes traduit une iniquité systémique selon le genre dont il ne faut point douter. Néanmoins, en enfermant les demanderesse dans un moule de victimes et les défendeurs dans celui de profiteurs, le discours judiciaire produit, à la lumière d'une lentille queer, deux effets bien concrets. D'abord, il véhicule des stéréotypes sexistes quant au caractère faible, vulnérable et dépendant des femmes, dans les couples formés de personnes de sexes différents. Ainsi, le discours judiciaire de la prestation compensatoire essentialise

²⁹ La victimisation de femmes demanderesse découle des demandes étudiées. Sur la totalité des décisions, seulement deux hommes ont plaidé l'apport en tâches domestiques (*Droit de la famille – 594*, [1989] RJQ 271 (CA); *CR c VCC*, [2006] RDF 66 aux para 116–17 (CS)). Aucun homme n'a prétendu avoir contribué à l'entreprise de sa conjointe. Seul un homme est dépeint en victime dans *Droit de la famille – 08971*, 2008 QCCA 834 au para 35.

l'identité des demanderesse et met de l'avant une vision fossilisée de leur identité et du rôle qu'elles jouent dans l'union. Comme l'écrit Judith Butler : « *[t]he contemporary feminist debates over essentialism raise the question of the universality of female identity and masculinist oppression* ». ³⁰ En conséquence, une vision essentialiste du genre convient d'être contestée, nuancée. ³¹

Ensuite, le discours judiciaire participe à la création d'un certain genre et d'une certaine identité des conjoints. Comme l'a pensé Butler, le genre est performatif, il est constitué par les gestes, les mouvements et les styles. ³² Selon Ido Katri, la performance s'étend au-delà de ces actes corporels : « *it is clear that all actions that signify one as having a coherent identity constitute performance* », « *including administrative [gender signifiers]* » [note omise]. ³³ L'acte administratif d'assignation du genre en est un exemple, ³⁴ comme l'émission d'un jugement. Ainsi, à travers le jugement, le discours ne fait pas que véhiculer une vision essentialisée de l'identité et du rôle des conjointes. Il prend une part

³⁰ Butler, *supra* note 21 à la p 19.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid* à la p 192.

³³ Ido Katri, « Transgender Intra-sectionality: Rethinking Anti-Discrimination Law and Litigation » (2017) 20:1 JLAS 51 aux pp 58, 71.

³⁴ *Ibid.*

active, par une performance, à la création d'un genre féminin faible, vulnérable et dépendant.³⁵

Premièrement, plusieurs demandereses qui travaillent au sein de l'entreprise familiale se voient imposer un statut de victime. Les exemples suivants illustrent le discours que réservent les juges à l'appauvrissement de ces demandereses. Dans *Droit de la famille – 1423*, la Cour d'appel affirme, « comme le jugement entrepris, que [madame] a puissamment contribué à l'essor des affaires de son mari et que la mince rémunération qu'elle a reçue est loin d'avoir été compensatoire » [nos soulignements].³⁶

Puis, dans *Droit de la famille – 0725*, la contribution d'une demanderesse dépasse celle d'une

³⁵ Rien d'étonnant, alors, que les femmes ainsi constituées par le discours judiciaire se présentent également comme victimes dans leurs demandes de prestation compensatoire, comme cette posture leur est, dans ce contexte, favorable. On peut effectivement avancer l'hypothèse que les demandereses jouent un rôle dans cette comédie juridique, qu'elles alimentent par leurs demandes, peut-être par stratégie, en s'assurant que leur situation cadre avec celle d'une victime, plus facilement compensée. Si seule une étude des demandes pourrait étayer l'argument, le témoignage de la demanderesse dans une affaire soutient a priori l'hypothèse d'une problématique plus large et systémique : *Droit de la famille – 2503*, [1996] RDF 721 à la p 724 (CA).

³⁶ [1991] RDF 384 à la p 387 (CA). Encore, dans *Droit de la famille – 081738*, 2008 QCCS 3202 (CanLII) au para 89, la juge écrit que « [l'] investissement d'énergie [de madame est] important [...] [et qu'elle] se retrouve au moment de la séparation dans une situation financière précaire comparativement à monsieur L ».

employée, comme elle assume de plus grandes responsabilités. La juge s'exprime ainsi:

Madame A a eu une participation active et a soutenu monsieur B, par sa présence, son implication, de même que financièrement en cautionnant des engagements financiers souscrits par l'entreprise ou par son mari. Elle y a consacré un grand nombre d'heures, sacrifiant vacances et repos. [...] Néanmoins, madame A ne se retrouve pas sans aucun actif. [...] Mais contrairement à [monsieur], elle ne peut compter que sur ses maigres économies faites à partir de ses salaires et sur des placements qu'elle a effectués à partir de montants versés par l'entreprise il y a très longtemps, pour lui permettre de vivre, très modestement d'ailleurs [nos soulignements].³⁷

Deuxièmement, des demanderessees se voient victimisées alors qu'elles allèguent un apport en travail domestique. À titre d'exemple, dans *Droit de la famille – 2446*, la Cour d'appel écrit :

Durant plus de vingt-cinq ans de vie commune, l'appelante s'occupait seule des enfants des parties parce que son mari était soit aux études, soit au travail, ou encore, à l'extérieur de la ville. En outre de contribuer à la gestion et l'entretien de l'immeuble et

³⁷ 2007 QCCS 40 aux para 121, 143–44.

en outre de réaliser les économies qui sont ci-haut décrites, elle a par son travail gagné des revenus totalisant 76 434 \$ qu'elle a presque entièrement consacrés au ménage. L'apport fait par l'appelante a été établi d'une façon fort convaincante [...] Cependant sans l'apport et les sacrifices de l'appelante [...] son mari] n'aurait pas pu consacrer tout son temps à ses études et à son travail [nos soulignements].³⁸

Troisièmement, plusieurs demanderesse, la majorité de celles que le discours victimise, plaident un apport qui cumule le travail à l'entreprise d'un conjoint et les travaux au foyer. Ainsi, on trouve dans la jurisprudence une affaire qui qualifie la demanderesse de « main-d'œuvre gratuite ».³⁹ Dans une autre affaire, la Cour d'appel qualifie le comportement de la demanderesse de « dévouement inlassable [,] [celle-ci] étant très active dans l'entreprise, [...] en jouant un rôle déterminant auprès des trois enfants » [nos soulignements].⁴⁰ Une autre demanderesse « n'a toujours reçu qu'une rémunération maintenue sciemment sous le niveau d'un salaire imposable et qu'elle a, par ailleurs, consacrée entièrement aux besoins de la famille [nos soulignements].⁴¹ De la même manière, dans *Droit de la*

³⁸ *Droit de la famille – 2446*, 1996 CanLII 5690 (QC CA), (1996), AZ-9611698 à la p 12 (Azimut) (CA Qc).

³⁹ *Droit de la famille – 649*, [1989] RDF 325 à la p 328 (CA).

⁴⁰ *Droit de la famille – 3433*, [1999] RDF 633 à la p 636 (CA).

⁴¹ *Droit de la famille – 071216*, 2007 QCCS 2458 au para 34.

famille – 10174,⁴² le juge rappelle le « travail inlassable et acharné [de la demanderesse] à la ferme et aux érablières, et [...] l’accomplissement, seule, des tâches domestiques, des soins et de l’éducation des enfants [...] [qui contribuent] à l’enrichissement de monsieur de manière remarquable » [nos soulignements].⁴³

Ainsi, plutôt que de cibler les femmes démunies au divorce et de les aider à sortir de leur état de dépendance, le discours judiciaire met l’accent sur cette dépendance. Ce faisant, la prestation compensatoire matérialise l’inégalité entre les conjoints et entre les genres, en plus de diffuser un discours sexiste stéréotypé. La réduction des femmes à leur vulnérabilité est encore plus marquante lorsque celles-ci se retrouvent en situation de pouvoir dans leur union, tel qu’il le sera démontré ci-après.

2.2.2 Consécration d’un pouvoir statique détenu par le défendeur

Le pouvoir s’envisage, dans une perspective queer, non pas comme une relation de domination et de subordination, mais comme un champ de relations de force, fragmenté et mobile.⁴⁴ Conçu en ce sens, le pouvoir

⁴² *Droit de la famille – 10174*, 2010 QCCS 312 (CanLII).

⁴³ *Ibid* au para 124.

⁴⁴ Janet Halley, *Split Decisions: How and Why to Take a Break From Feminism*, Princeton, Princeton University Press, 2006 à la p 360, qui aborde les écrits de Michel Foucault, *Histoire de la sexualité : La volonté de savoir*, t 1, Paris, Gallimard, 1976.

se déplace constamment entre les individus.⁴⁵ Par ailleurs, la consécration du pouvoir statique dans le discours judiciaire dépasse la simple pratique discursive et s'invite dans un exercice concret du pouvoir. Janet Halley écrit : « *The assumption that relations of dominance and subordination are purely discursive must give way to an analysis of the ways in which concrete exertions of power intervene to determine whether consolidations or dispersals of identity will, in a particular time and place, be liberating or oppressive* ». ⁴⁶

L'enrichissement injustifié au soutien d'une demande de prestation compensatoire peut certes résulter du patriarcat, mais également d'autres rapports de pouvoir, notamment du partage des relations de pouvoir au sein du couple ou des rôles adoptés par les conjoints. Le pouvoir, par sa fluidité, découle de sources qui ne sont pas toujours et nécessairement financières ou matérielles. Certes, en contexte conjugal, la richesse est souvent synonyme de pouvoir. L'argument présenté ici prend acte du pouvoir que détient le conjoint économiquement fort, mais propose d'entrevoir une répartition différente du pouvoir que celle qui oppose le conjoint prospère au conjoint vulnérable, par une analyse qui pointe d'autres sources de pouvoir.

Dans *Droit de la famille – 3730*, la demanderesse plaide un apport qui cumule le travail au foyer et le travail au sein de l'entreprise détenue par le défendeur. À la suite de la séparation des parties, elle se retrouve sans bien

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Halley, « Heterosexuality », *supra* note 24 à la p 98.

puisque'elle a utilisé tout le salaire versé pour son travail dans l'entreprise afin de satisfaire les besoins de la famille. Le discours du juge met magistralement en lumière la binarité à l'étude :

monsieur conserve tout alors que madame n'a rien, pas même un seul sou d'économie, pas même de biens (à l'exception de ses meubles meublants et effets mobiliers), pas même un seul dollar pour sa sécurité à la retraite. [...] Car TOUTES les sommes qui n'ont pas été utilisées pour les besoins de base de la famille au cours des années sont restées dans la compagnie comme investissements ou bénéfices non répartis, au seul profit de monsieur. Et cela alors que les deux conjoints ont activement et inlassablement contribué à sa mise sur pied et à son succès. C'est ici que doit intervenir la prestation compensatoire [nos soulignements, majuscules dans l'original].⁴⁷

Le juge poursuit :

Madame [...] a largement contribué à la réussite de monsieur et à son enrichissement. En fait l'entreprise n'aurait vraisemblablement jamais survécu et réussi à traverser les années difficiles, entre autres après l'incendie, sans l'apport énorme,

⁴⁷ [2000] RDF 665 aux para 80–81 (CS).

décisif et essentiel de madame. Par ailleurs, [...] madame, tout en travaillant dans l'entreprise et en assumant un travail quotidien indispensable, a assumé les responsabilités reliées à l'éducation des enfants et à l'entretien du domicile. La situation dans laquelle se retrouve aujourd'hui madame est d'autant plus injuste [...] qu'elle n'a absolument AUCUN actif, et cela à 50 ans, après avoir tant travaillé et tant fait pour la compagnie de monsieur. Il n'y a rien qui puisse expliquer ou justifier cette situation [nos soulignements, majuscules dans l'original].⁴⁸

La détention exclusive du pouvoir par la partie défenderesse est explicite lorsque les décisions s'affairent à positionner comme victime une demanderesse placée en situation de force par rapport au défendeur. Plusieurs demandereses sont des femmes accomplies, à mille lieues d'être à la charge de leur conjoint. Elles occupent une position de pouvoir dans leur union. En plus de veiller aux travaux ménagers et aux soins des enfants, ces femmes ont une carrière prolifique – parfois plus que celle de leur conjoint – qui leur permet de subvenir aux besoins matériels de la famille. Leur participation au foyer transcende la distribution traditionnelle des tâches dans le couple, mais également le partage strictement égal de celles-ci entre les conjoints.

⁴⁸ *Ibid* aux para 89, 92.

Le jugement dans *Droit de la famille – 07748* illustre cette situation.⁴⁹ Dans cette affaire, la demanderesse s’occupe principalement des enfants et de la famille. Alors qu’elle a la même formation de courtier que le défendeur, celui-ci l’encourage à étudier pour devenir notaire. Après avoir obtenu son titre, elle rend de nombreux services professionnels, à titre de courtière et de notaire, à l’entreprise de son conjoint. Celui-ci limite la demanderesse dans ses horaires afin qu’elle s’occupe de la famille et des déménagements qui visent à tirer profit, à de nombreuses reprises, de la vente du domicile de la famille. Son salaire est utilisé, comme celui du défendeur, pour acquitter les dépenses courantes. La juge écrit:

Après 17 ans de vie commune, Madame doit repartir à neuf avec un bien maigre actif de moins de 40 000 \$ si on exclut les biens composant le patrimoine. [...] Lors de la cessation de vie commune, Monsieur l’expulse de son bureau où elle pratiquait sa profession, elle doit se relocaliser et se bâtir une clientèle. Elle achète un immeuble lourdement hypothéqué pour exercer alors la garde partagée des enfants [nos soulignements].⁵⁰

Puis, alors même qu’elle détaille l’apport de la demanderesse et qu’elle dépouille celle-ci de son pouvoir, la juge s’assure de placer le défendeur en situation

⁴⁹ *Droit de la famille – 07748*, 2007 QCCS 1587.

⁵⁰ *Ibid* au para 156.

d'autorité en rappelant qu'il « a payé les études en notariat de Madame et [...] pour une certaine période une aide-domestique pour l'assister dans ses tâches » [nos soulignements]⁵¹. Plutôt que d'admettre une fluidité entre le pouvoir détenu par chaque conjoint, la juge rappelle la force de l'homme et l'impact de son apport, et souligne la dépendance de la demanderesse, et ce, alors que tous les faits qu'elle retient pointent vers une distribution du pouvoir différente.

Pour conclure, par son caractère catégorique, le discours judiciaire maintient certaines demandereses en position victimaire où elles sont faibles et passives; il matérialise et consacre l'inégalité entre les conjoints et entre les genres, en plus de propager un discours sexiste stéréotypé quant aux demandereses qui travaillent pour l'entreprise de leur conjoint, au foyer ou qui cumulent ces deux fonctions. Par ailleurs, il refuse de nuancer sa vision du partage de pouvoir dans les relations de couple et consacre sa détention statique entre les seules mains du défendeur. Si le genre du demandeur marque le discours judiciaire qui traite la demande d'une épouse au foyer et d'une épouse collaboratrice à une entreprise, tel que le démontre la première binarité, il l'influence également lorsque la demande porte spécifiquement sur un apport aux charges du mariage, comme l'indique la deuxième binarité.

⁵¹ *Ibid* au para 157.

2.3 NORMALITÉ DE L'APPORT / ANORMALITÉ DE L'APPORT

Le discours tenu par les tribunaux lorsqu'ils tranchent une requête en prestation compensatoire repose sur une deuxième binarité qui se prétend étanche et qui oppose la normalité et l'anormalité de l'apport. Le concept de normalité de l'apport est pensé pour permettre de compenser certains apports aux charges du mariage difficilement chiffrables, notamment les apports en travail ménager.⁵² Comme l'article 396 CcQ⁵³ oblige les conjoints à contribuer proportionnellement à leurs facultés respectives aux charges du mariage, seules les contributions « exceptionnelles » seront compensées, puisqu'elles vont au-delà de ce que la loi impose aux époux. Si un apport normal aux charges du mariage peut enrichir le patrimoine de son conjoint, cet apport ne pourra donner ouverture à l'octroi d'une prestation compensatoire, puisque cet enrichissement aura une

⁵² Un courant jurisprudentiel utilise le concept de normalité pour qualifier un apport plus global de la partie demanderesse, qui combine plusieurs apports, surtout : soit les contributions aux charges du mariage et le travail pour l'entreprise du conjoint ou l'entreprise en copropriété (*Droit de la famille – 071216*, supra note 41 aux para 29–35; *JR c RP*, [2004] RDF 821 au para 76 (CS); *GL c RH*, (2002), AZ-50145501 au para 243 (CS)) ou encore la contribution par le travail à l'entreprise du conjoint et le travail pour un autre employeur (*HJL c WVE* (2001), AZ-01021621 aux para 26, 37, 39 (CS)).

⁵³ L'article 396 CcQ énonce : « Les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés respectives. Chaque époux peut s'acquitter de sa contribution par son activité au foyer ».

justification.⁵⁴ Seules les contributions « exceptionnelles » seront compensées. Ces contributions anormales – la norme étant entendue au sens de norme juridique – sont injustifiées et peuvent être compensées. Si la jurisprudence oppose majoritairement l’apport normal à l’apport exceptionnel d’un époux, j’utiliserai néanmoins l’opposition entre normal et anormal, dans l’optique d’attirer l’attention sur l’idée de normalité. Alors que le queer invite à un certain scepticisme devant toutes les normes,⁵⁵ Michael Warner explique en quoi la norme est un concept insignifiant qui ne renvoie fondamentalement qu’à la moyenne statistique. La norme est un absolu inatteignable; il n’est possible que de tendre vers cette normalité, puisque tous dévient à certains égards de la moyenne⁵⁶. Au-delà de la normalité statistique, il dénote dans ce concept un moralisme, une forme de jugement digne d’une autorité supérieure.⁵⁷ Lentement, la normalité devient synonyme de « *right, proper and healthy* ». ⁵⁸ Warner écrit : « *everyone deviates*

⁵⁴ *M(ME) c L(P)*, *supra* note 28 aux pp 197–99. La normalité de l’apport avait fait son entrée dans la jurisprudence de prestation compensatoire par le juge Vallerand dans ses motifs dans l’arrêt *Poirier c Globensky*, rendu par la Cour d’appel : *Droit de la famille – 67*, [1985] CA 135 (ci-après « *Poirier c Globensky* »). L’idée de normalité avait été pensée la première fois par la Cour suprême en common law, dans *Murdoch c Murdoch*, [1975] 1 RCS 423 à la p 425.

⁵⁵ Warner, *supra* note 17 à la p 59.

⁵⁶ *Ibid* à la p 54.

⁵⁷ *Ibid* aux pp 55–56.

⁵⁸ *Ibid* à la p 57.

from the norm in some context or other, and [...] the statistical norm has no moral value »⁵⁹.

Dans le discours judiciaire, la règle générale du partage des tâches dans le couple ressort implicitement des apports jugés anormaux et, donc, compensatoires. La qualification d'une contribution de normale ou non laisse ressortir une conception plutôt orthodoxe de l'identité et des rôles que doivent adopter les conjoints dans l'union. L'imprévisibilité de ce que la jurisprudence considère comme normal illustre l'inexistence de la norme que le discours judiciaire tend pourtant à établir. Dans une perspective queer, l'incohérence des catégories juridiques binaires, plutôt que de miner le discours, le rend plus fort et plus agile.⁶⁰ La catégorisation qui découle du discours judiciaire de la prestation compensatoire, plutôt que de l'affaiblir, le rend plus fort, plus convaincant, et les effets qui en découlent sont d'autant plus importants.

Plutôt que de faciliter la compensation des apports réclamée par les demandresses, cette conception traditionnelle mise de l'avant par le discours judiciaire impose un lourd fardeau, celui de démontrer l'anormalité de l'apport, et, en ce sens, la prestation compensatoire permet difficilement de reconnaître la pleine valeur de leur travail. Pour démontrer cet énoncé, j'analyse trois types de contributions aux charges du mariage : les tâches ménagères et l'éducation des enfants communs (2.3.1), les soins prodigués à un enfant commun malade (2.3.2), et

⁵⁹ *Ibid* à la p 70.

⁶⁰ Robert Leckey, « Face to Face » (2013) 19:6 *Social Identities* 743 à la p 743.

l'éducation et l'entretien des enfants du conjoint défendeur (2.3.3).

2.3.1 Tâches ménagères et éducation des enfants

L'apport le plus fréquemment plaidé en matière de contribution aux charges du mariage combine l'éducation et les soins prodigués envers les enfants et l'entretien de la résidence.⁶¹ Cet exemple démontre bien la flexibilité, voire l'inexistence d'une réelle frontière entre le normal et l'anormal. Derrière cette binarité se cache un pouvoir discrétionnaire qui produit des résultats aléatoires.

Lorsque l'apport allégué se compose de tâches reliées aux enfants, à leur éducation et à l'entretien du domicile, la jurisprudence énonce une règle de partage des tâches entre les conjoints. En ce sens, un courant jurisprudentiel fort octroie compensation aux demandeurs ou demanderesses qui s'occupent seuls des tâches au foyer. Une idée soutient ce courant jurisprudentiel, celle que l'acquittement exclusif des tâches par le demandeur libère l'autre époux et lui permet de se consacrer pleinement à d'autres activités économiques, comme son travail ou son entreprise. Au final, le fait de s'être acquitté

⁶¹ Il arrive plus rarement que le demandeur allègue une contribution financière aux dépenses courantes. Sans trop d'étonnement, ces contributions donnent rarement ouverture à compensation. À titre d'exemple, dans une affaire, le juge tranche que le conjoint qui défraie les dépenses courantes de la famille avec de l'argent accumulé avant le mariage et son travail de la coupe de bois ne peut pas être compensé pour son appauvrissement (*Droit de la famille – 0794*, 2007 QCCS 143 aux para 38–48).

seul des tâches justifie de qualifier l'apport d'anormal.⁶² À titre d'exemple, on juge l'apport anormal si l'union des parties prend la forme « traditionnelle », la femme restant à la maison pour s'acquitter de la totalité des charges,⁶³ si la demanderesse s'acquitte des tâches « presque seule »⁶⁴ ou « pratiquement seule »,⁶⁵ ou si sa contribution est « beaucoup plus significative »⁶⁶ que celle de son conjoint.

Au contraire, les tribunaux refusent d'accorder une prestation sous prétexte que l'apport est normal puisqu'il n'a pas libéré l'autre conjoint⁶⁷ ou simplement parce que les tâches n'étaient pas exclusivement acquittées par un époux. Ainsi, on qualifiera de normal l'apport d'un demandeur s'il ne prouve pas « [que son conjoint] n'a pas lui-même fourni une contribution personnelle [...] [ou qu'il a] abusé de la situation pour consacrer un temps excessif à la promotion de ses intérêts financiers

⁶² *PMo c CM* (2004), AZ-50226718 au para 87 (Azimut) (CS Qc); *Droit de la famille – 3433*, supra note 40 à la p 636; *Droit de la famille – 2842* (2000), AZ-00026135 aux pp 21, 24 (Azimut) (CS Qc); *Droit de la famille – 081633*, 2008 QCCS 3084 au para 129; *Droit de la famille – 103502*, 2010 QCCA 2374, au para 30; *Droit de la famille – 071216*, supra note 41 au para 33.

⁶³ *VD c JA*, [2002] RDF 846 au para 43 (CS).

⁶⁴ *Droit de la famille – 0660*, 2006 QCCA 1652 au para 8.

⁶⁵ *Droit de la famille – 2498*, [1996] RJQ 2100 à la p 2106 (CA).

⁶⁶ *GL c NF*, [2004] RDF 489 au para 54 (CA).

⁶⁷ *Droit de la famille – 0780*, 2007 QCCS 130 au para 24; *Droit de la famille – 961*, [1991] RL 304 à la p 308.

personnels » [nos soulignements].⁶⁸ La conclusion sera la même si la preuve révèle que le défendeur travaille sept jours par semaine, mais gâte ses enfants et s'en occupe le dimanche.⁶⁹ L'apport d'une demanderesse qui acquitte « presque entièrement des tâches »⁷⁰ sera reconnu, sans référence à sa normalité, mais ne sera pas compensé.

L'emploi d'une aide-ménagère par la famille vient forcément influencer le partage des tâches entre les conjoints. À première vue, l'aide-domestique reçue par une demanderesse ne l'empêche pas de voir son apport qualifié d'anormal, comme en témoigne l'affaire *JR c. RP*,⁷¹ où la demanderesse engage une personne pour l'aider, débourse elle-même son salaire et voit son apport qualifié d'anormal. À la lumière des enseignements d'un premier courant jurisprudentiel, la gestion et l'organisation découlant du train de vie luxueux d'une famille, qui inclut notamment l'emploi d'une aide-ménagère et d'autres employés, sont considérées comme facteurs complexifiant l'apport aux charges du mariage d'une demanderesse, qualifié alors d'anormal par le tribunal.⁷² Dans une perspective différente, selon un autre courant jurisprudentiel, l'aide apportée par une employée à une demanderesse pour garder les enfants ou entretenir le domicile peut témoigner du rythme de vie luxueux des

⁶⁸ *Droit de la famille* – 961, *supra* note 67 à la p 308.

⁶⁹ *Droit de la famille* – 2445, [1996] RDF 453 à la p 458 (CA).

⁷⁰ *DC c CB*, 2006 QCCS 5062 (CanLII) au para 142.

⁷¹ *Supra* note 52 au para 18.

⁷² *Droit de la famille* – 2054, [1999] RJQ 1245 à la p 1253 (CS).

parties et contribuer à normaliser la contribution invoquée.⁷³

2.3.2 Soins envers un enfant commun malade

Lorsque le demandeur s'occupe d'un conjoint atteint d'une maladie grave, les tribunaux s'accordent à qualifier son apport d'anormal.⁷⁴ La jurisprudence est pareillement unanime lorsque la personne malade est un parent par alliance du demandeur d'une prestation compensatoire⁷⁵. Il en va autrement de la demande d'indemnisation pour l'aide et les soins apportés à un enfant du couple aux prises avec des problèmes de santé, compensés avec beaucoup moins de cohérence. Comme sous la rubrique précédente, la règle du partage des tâches entre époux est tempérée sans constance.

Dans *Droit de la famille – 2058*,⁷⁶ la demanderesse « a assumé la responsabilité pleine et

⁷³ *FG c TM* (2003), AZ-50176906 au para 95 (Azimut) (CS Qc); *DC c CB*, *supra* note 70 au para 142.

⁷⁴ *AH c J-GB* (2001), AZ-01021940 aux pp 3, 9, 10 (Azimut) (CS Qc); *Droit de la famille – 08407*, 2008 QCCS 674 aux para 32, 61; *AB c DB (Succession de)*, 2008 QCCS 6088 aux para 39–44.

⁷⁵ *Droit de la famille – 996*, [1991] RJQ 1460 à la p 1465 (CS); *BS c GB*, 2006 QCCA 407 au para 48. Une décision accorde une prestation compensatoire à une demanderesse qui s'est occupée de son beau-père après une opération, et ce, pendant trois semaines. Le juge ne statue pas sur le caractère normal ou non de l'apport. Comme le défendeur admet la contribution, le juge se contente d'octroyer un montant de 1000 \$ à la demanderesse pour cet apport : *AH c J-GB*, *supra* note 74 aux pp 10–11.

⁷⁶ [1997] RDF 436 (CA).

entière de nombreux déménagements et la supervision de la construction de la dernière résidence familiale. Elle a pris en charge presque toujours seule l'éducation des enfants et les soins requis par un des enfants victime d'un accident [...] [vasculaire cérébral] ». ⁷⁷ Comme « ses activités au foyer étaient exceptionnelles et dépassaient une contribution ordinaire », ⁷⁸ le juge accorde à la demanderesse une prestation compensatoire.

Dans le même ordre d'idées, l'affaire *LP c. MB* ⁷⁹ présente des parties qui sont parents de deux enfants, dont un est atteint de paralysie cérébrale. Cette situation accroît le travail qui doit être accompli à la maison. Comme la demanderesse s'occupe de la majorité des tâches et des soins liés à l'enfant, le défendeur s'investit pleinement dans son entreprise et s'implique auprès de l'enfant pendant ses temps libres. L'apport de la demanderesse est qualifié d'exceptionnel par le tribunal, qui tranche favorablement sa demande de prestation compensatoire. ⁸⁰

Néanmoins, l'affaire *Droit de la famille – 07135* détonne. ⁸¹ Elle confirme que la contribution d'un époux ne saurait donner ouverture en tout temps à l'octroi d'une prestation compensatoire, et ce, même si elle résulte des soins et de l'éducation d'un enfant né prématurément et qui, depuis sa naissance, est affligé de troubles de langage

⁷⁷ *Ibid* à la p 444.

⁷⁸ *Ibid*.

⁷⁹ *LP c MB*, [2003] RDF 74 (CS).

⁸⁰ *Ibid* aux para 42–46.

⁸¹ *Droit de la famille – 07135*, 2007 QCCS 248.

et de mobilité. La preuve révèle que les parents sont impliqués dans l'éducation et l'entretien de leurs enfants, et dans les soins prodigués à leur fils. La demanderesse, en raison de l'emploi qu'elle a occupé à temps partiel pendant 12 ans, a pu s'investir davantage dans l'éducation et les apprentissages de son fils. Le juge écrit :

[e]lle s'est dévouée corps et âme pour trouver les ressources appropriées et accompagner [son fils] dans les années difficiles. Ces deux jours [par semaine] [lors desquels elle s'occupe de l'enfant] ont sans doute contribué au développement maximal et à [s]a réussite [...]. En affirmant cela, le Tribunal ne diminue en rien la participation de monsieur. Au contraire, celui-ci a fait plus que sa part⁸².

Étrangement, le juge considère ces faits au moment de l'octroi d'une somme globale;⁸³ la formulation des motifs ne laisse pas de doute quant à leur pertinence dans le cadre de l'analyse de la prestation compensatoire. Lorsque le juge se questionne sur le droit de la demanderesse à une prestation compensatoire, il affirme toutefois qu'elle n'a démontré aucun apport donnant ouverture à son octroi et n'aborde pas

⁸² *Ibid* aux para 183–84.

⁸³ La somme globale est une mesure alimentaire prévue à l'article 15.2 de la *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e supp). Pour plus d'informations sur l'interdépendance entre prestation compensatoire, voir *GL c NF*, *supra* note 66 aux para 71–77 et *Droit de la famille – 1275*, 2012 QCCA 87.

précisément la normalité de l'apport. Comme motif au rejet de sa demande, le juge affirme que la demanderesse s'est enrichie, pendant son mariage, par sa carrière fructueuse.⁸⁴ En refusant d'indemniser la demanderesse à travers la prestation compensatoire,⁸⁵ le juge assimile les travaux qu'elle effectue auprès de l'enfant à une contribution normale.

2.3.3 Éducation et entretien des enfants du conjoint défendeur

L'élasticité de la limite entre le normal et l'anormal se concrétise également lorsque le demandeur allègue comme apport le fait de s'être occupé, en plus des enfants du couple, des enfants nés d'une précédente union de son conjoint. La demanderesse dans *Droit de la famille – 2856*⁸⁶ participe aux travaux de la ferme et du dépanneur qui appartiennent à son conjoint. En sus, elle prend soin exclusivement des trois enfants du couple et des trois enfants de son conjoint. Le juge qualifie son apport d'anormal et ordonne une prestation compensatoire pour son travail au foyer et auprès des entreprises de son conjoint.⁸⁷

⁸⁴ *Droit de la famille – 07135*, supra note 81 aux para 106–07.

⁸⁵ Le juge accordera finalement une somme globale pour compenser le travail de la demanderesse auprès de son fils.

⁸⁶ *Droit de la famille – 2856* (1998), AZ-98011047 (Azimut) (CA Qc).

⁸⁷ *Ibid.*

C'est un raisonnement diamétralement opposé qui émane de *Droit de la famille – 08878*,⁸⁸ où la demanderesse a cinq enfants issus d'une première union alors que le défendeur en a trois. Le couple vit avec les trois enfants du défendeur. La demanderesse s'occupe de ceux-ci et de l'entretien de la maison. Les enfants de la demanderesse, d'une union précédente, n'habitent pas, quant à eux, avec le couple.⁸⁹ Le juge affirme que le travail de la demanderesse sur la ferme de son conjoint et sa participation à la construction de la résidence sont limités. Puis, quant à sa participation à l'éducation et aux soins des enfants, le juge écrit :

la contribution de madame se situe dans la normale et n'a rien d'exceptionnel. En effet, si madame s'est occupée des enfants de monsieur en tant qu'épouse et de la maisonnée en général, de son côté, monsieur s'est montré fort hospitalier et généreux envers ceux de madame qu'il a accueillis régulièrement sans exiger quelque contribution de qui que ce soit [nos soulignements].⁹⁰

Comment expliquer que, dix ans après *Droit de la famille – 2856*,⁹¹ une demande de prestation qui vise à compenser l'apport en soins des trois enfants du défendeur soit ainsi rejetée? Cet apport est-il réellement

⁸⁸ *Droit de la famille – 08878*, 2008 QCCS 1501.

⁸⁹ *Ibid* au para 6.

⁹⁰ *Droit de la famille – 08878*, *supra* note 88 au para 45.

⁹¹ *Supra* note 86.

équivalent à la contribution du défendeur, qui accueille sur une base régulière les enfants de la demanderesse – qui n’habitent pas avec le couple – sans qu’une contribution ne leur soit réclamée?

En somme, le discours judiciaire s’avère dichotomique en matière de compensation d’un apport aux charges du mariage. Les jugements qui abordent cette question font souvent intervenir des faits similaires et qualifient sans cohérence l’apport en tâches ménagères comme normal ou anormal. Quoique la jurisprudence prétende, rien ne distingue réellement la demanderesse qui s’occupe des enfants tous les jours sauf le dimanche de celle dont l’apport est « beaucoup plus significatif » que celui de son conjoint. Si, à première vue, la règle du partage des tâches a tout pour plaire, on constate que sa modération démontre, à travers la qualification de normalité des apports invoqués, une conception traditionnelle du rôle des époux dans le mariage. À travers l’imprévisibilité de la jurisprudence, la prestation compensatoire valse entre, d’une part, offrir une compensation minimale aux injustices découlant du mariage et, d’autre part, s’avérer simplement inefficace.

3. DISCUSSION

Malgré sa préoccupation d’harmoniser les recours entrepris par les conjoints mariés et les conjoints de fait, le *Rapport* maintient certaines différences fondamentales entre les deux. Il suggère que les conjoints mariés soient présumés soumis aux dispositions du patrimoine familial. Au contraire, il rejette que les conjoints de fait tombent sous le champ d’application de cette institution et les soumet seulement à la prestation compensatoire.

Cette distinction emporte un effet important. Depuis trente ans, le droit de la famille présume du partage des biens entre les époux. Cette présomption prend concrètement forme par la création impérative d'un patrimoine familial et, possiblement, d'une société d'acquêts comme régime matrimonial légal. Chacun à leur façon, ces deux régimes présument de l'égalité des apports aux charges de la famille et imposent un partage égal de ce qui est acquis par les époux durant l'union, sans preuve de l'acquisition des biens. La prestation compensatoire adopte une approche radicalement différente, qui cadre davantage avec les réclamations découlant du droit civil général, comme le recours en enrichissement injustifié, ou encore, le recours en responsabilité civile ou en exécution contractuelle. Ce faisant, la proposition rompt avec l'approche préconisée quant à la preuve du partage des biens en matière familiale et impose aux conjoints de fait un fardeau de divulgation de loin plus lourd que celui imposé aux conjoints mariés.

L'importance disproportionnée que prend la preuve dans les affaires de prestation compensatoire semble être en tension, voire être irréconciliable, avec l'idée d'une justice familiale accessible.⁹² La déjudiciarisation des conflits familiaux paraît illusoire si l'unique norme impérative s'appliquant aux unions de fait requiert une preuve complexe et laisse une large discrétion aux juges dans leur appréciation de celle-ci. Comment croire à la médiation et au règlement hors cour du paiement d'une prestation compensatoire, alors que

⁹² *Rapport, supra* note 3 à la p 81.

celle-ci est hautement tributaire de la preuve formulée en demande?

Au-delà de ces considérations pratiques, deux éléments ressortent d'une analyse des binarités du discours de la prestation compensatoire, soit la vision particulière qu'elle véhicule du rôle de chacun des conjoints en mariage, teintée de valeurs passéistes (3.1), ainsi que l'interprétation jurisprudentielle incertaine qui découlerait d'une contractualisation des rapports conjugaux (3.2).

3.1 CONSTAT DE L'ANALYSE: VISION GENRÉE, HÉTÉRONORMÉE ET TRADITIONNELLE DE L'UNION CONJUGALE

L'objectif du *Rapport* est de penser un droit de la famille québécois modernisé à la lumière des changements conjugaux et familiaux des dernières décennies, un droit qui réponde de manière « inclusive et adaptée » à la diversité des couples et des familles.⁹³ Or, l'analyse des deux binarités du discours judiciaire démontre que la prestation compensatoire se développe en grande proximité, au moins depuis 1989, avec une conception genrée, hétéronormée et traditionnelle de l'identité et du rôle de chacun des époux dans l'union.

Tel que le démontre l'étude de la première binarité, le discours judiciaire prend ancrage dans une vision genrée des apports des conjoints. Il pose en victime la demanderesse qui plaide un apport constitué du travail au foyer, du travail au sein de l'entreprise de son conjoint,

⁹³ *Ibid* à la p 76.

ou un apport qui combine ces deux derniers. En ce sens, le jugement performe une identité des conjoints et une identité de couple. Le couple est ainsi formé de femmes victimes de leur union et d'hommes dominants qui détiennent et exercent seuls le pouvoir conjugal. Afin de se voir accorder une compensation financière pour leur apport, les demanderesses sont incitées à présenter d'elles-mêmes une caricature aux élans traditionalistes, ce qui confirme leur participation malheureuse à ce cercle vicieux.

Au-delà des stéréotypes de genre, le discours s'ancre dans une perspective hétéronormée du litige familial. Il présente et impose un modèle de relation de couple essentiellement hétérosexuel dans lequel cadrent difficilement les conjoints de même sexe, qu'on ne peut présumer reproduire les relations de genre traditionnelles. Quant à ceux qui dérogent au modèle nucléaire hétéronormatif, par exemple, les conjoints de sexes différents qui ne résident pas ensemble, ou les personnes en relation polyamoureuse, ils correspondent difficilement au modèle ainsi imposé. Ces conjoints verront dans la prestation compensatoire une institution du passé. Même si le libellé de la loi ne fait pas de distinction quant au genre, ses origines et son interprétation jurisprudentielle, depuis presque quarante ans, entraînent de lourdes conséquences.

Ces caractéristiques de la prestation compensatoire sont également démontrées par les affaires qui tranchent la compensation d'un apport aux charges du mariage, où s'exprime la deuxième binarité du discours. Si le discours judiciaire analysé sous la loupe de cette binarité s'attarde moins au genre des parties qu'au rôle qu'il convient de

leur attribuer dans l'union, il matérialise une préconception traditionnelle de la cellule familiale. La jurisprudence établit sans trop d'hésitation, comme règle générale, le partage des tâches domestiques entre les conjoints. Or, le caractère absolu de cette règle est atténué dans trois contextes : (i) lorsque l'apport est composé d'une charge en tâches domestiques et en éducation des enfants assumée exclusivement par le demandeur, (ii) lorsqu'il prend la forme de soins prodigués à un enfant malade ou (iii) lorsqu'il découle de l'entretien et l'éducation des enfants du conjoint défendeur. Dans ces trois cas, les décisions compensent l'apport sans constance et le discours reproduit une conception traditionnelle de la famille, où la charge du travail domestique peut reposer essentiellement sur les épaules d'un seul conjoint sans que son travail soit compensé.

Pour ces raisons et compte tenu du caractère diversifié de l'union de fait, le choix du Comité de recommander d'élargir le champ d'application de la prestation compensatoire pour qu'il inclue l'union de fait soulève des questions.⁹⁴ L'égalité entre les genres est une valeur qui guide les réformes en droit familial depuis 1980. En contrepartie, la prestation compensatoire, par le discours judiciaire qui s'y intéresse, véhicule des stéréotypes de genre et une vision aux relents traditionalistes du partage des tâches entre les conjoints. Alors que le *Rapport* ne pose pas de limite à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle des unions de fait, il les soumet paradoxalement à une jurisprudence catégorique qui leur impose une conception fixe, genrée

⁹⁴ *Rapport*, *supra* note 3 aux pp 151–52.

et hétéronormée des relations entre conjoints, de leurs rôles respectifs dans l'union et de leur interdépendance économique. Rien n'empêche, éventuellement, que le discours judiciaire de la prestation compensatoire s'adapte à la réalité diversifiée des unions conjugales contemporaines.⁹⁵ Cependant, a priori, ces quelques caractéristiques de la prestation compensatoire, telle qu'elle s'est développée au fil des ans, cadrent mal avec la diversité des unions de fait. Puis, outre les valeurs qu'elle transmet, la prestation compensatoire existe à travers une jurisprudence développée autour d'autres normes du droit familial. Cette jurisprudence trouve application en l'absence de contractualisation des rapports conjugaux, tel qu'il en sera question ci-après.

3.2 INCERTITUDE SOULEVÉE PAR LA CONTRACTUALISATION DES RAPPORTS CONJUGAUX

La proposition du Rapport selon laquelle les conjoints de fait devraient entrer sous le champ d'application de la prestation compensatoire est justifiée notamment par des

⁹⁵ À titre d'exemple, l'interprétation jurisprudentielle de l'article 555 CcQ, qui prévoit le consentement spécial à l'adoption, a récemment évoluée afin de permettre aux mères porteuses de consentir à l'adoption de l'enfant par la conjointe ou le conjoint du père, alors que l'article n'avait été ni pensé pour cette situation ni interprété en ce sens. Voir sur ce point *Adoption – 161*, 2016 QCCA 16 et *Adoption – 1445*, 2014 QCCA 1162. Pour une analyse de l'évolution du consentement spécial à l'adoption, voir Anne-Marie Savard, « L'établissement de la filiation à la suite d'une gestation pour autrui : le recours à l'adoption par consentement spécial en droit québécois constitue-t-il le moyen le plus approprié? » dans Landheer-Cieslak et Langevin, *supra* note 7 à la p 589.

raisons d'harmonisation des normes entre les conjoints de fait et les conjoints mariés, lorsque leurs différences législatives ne découlent pas des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle.⁹⁶ Réduire la différence de traitement entre les conjoints sans égard à la forme de leur union est un objectif louable, compte tenu des difficultés vécues par les conjoints de fait qui invoquent un enrichissement injustifié découlant de l'union. La proposition en soi soulève toutefois des questionnements importants quant à la possibilité que la prestation compensatoire existe sans son contexte juridique immédiat constitué notamment du patrimoine familial et de la somme globale.⁹⁷ Certes, la prestation compensatoire est née avant le patrimoine familial et a donc déjà opéré sans lui. Cependant, l'adoption du patrimoine familial a transformé la prestation compensatoire, qui s'est en quelque sorte modelée sur cette nouvelle institution. Par ailleurs, cette proposition s'inscrit dans une réforme plus exhaustive du droit familial qui, si on la prend dans sa globalité, influencera certainement l'interprétation jurisprudentielle de la prestation compensatoire.

Ainsi, d'autres propositions du Comité interagissent avec sa proposition sur la prestation compensatoire, notamment celles qui mettent de l'avant la

⁹⁶ *Rapport, supra* note 3 aux pp 151–52.

⁹⁷ Pour une démonstration de l'interdépendance entre la prestation compensatoire, le patrimoine familial et la somme globale dans la jurisprudence : Laurence Saint-Pierre Harvey, *Prestation compensatoire et union de fait en droit québécois : étude critique d'un discours judiciaire binaire*, mémoire de maîtrise en droit, Université McGill, 2018 aux pp 99–108.

contractualisation des rapports pécuniaires découlant du mariage ou celles qui font perdre leur caractère impératif aux conséquences pécuniaires du mariage et à l'obligation de contribution aux charges, prévue à l'article 396 CcQ. L'interdépendance de la prestation compensatoire avec les autres mesures du droit familial, jointe aux autres propositions du Rapport, risque d'influencer son interprétation jurisprudentielle. Deux conséquences de cette interaction sont prévisibles; elles seront étudiées en deux temps. D'abord, l'interaction remet en question la pertinence de la jurisprudence développée depuis l'adoption du patrimoine familial en 1989 (3.2.1). Ensuite, elle rend peu probable une harmonisation des recours entrepris par les conjoints mariés et les conjoints de fait (3.2.2).

3.2.1 Applicabilité de la jurisprudence

Malgré la discrétion inhérente laissée aux juges dans toute demande de prestation compensatoire, la jurisprudence s'est développée autour de principes, certes critiquables, mais dorénavant bien établis. La réforme proposée ouvre la porte à une interprétation incertaine de la prestation compensatoire, bien différente de celle adoptée par les tribunaux depuis la mise sur pied du patrimoine familial. Cette nouvelle interprétation pourrait être soit plus restrictive, soit plus large, ou se situer quelque part entre ces deux extrêmes. À la lumière de certaines recommandations, on peut même imaginer presque quarante ans de jurisprudence placés au rancart.

Dans un premier temps, certaines raisons laissent croire à une interprétation restrictive de la prestation compensatoire. D'abord, l'étude de la prestation

compensatoire invite à remettre en question l'importance des principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle étant donné leur possible impact sur l'application de la prestation aux unions de fait. Ces principes, sur lesquels se fonde la distinction entre union de fait et mariage, pourraient être invoqués comme cause à l'enrichissement afin de justifier une interprétation restrictive de la prestation compensatoire. Ainsi irait l'argument selon lequel des conjoints qui auraient voulu soumettre leur union à d'éventuelles réparations pécuniaires l'auraient prévu expressément. Autrement, difficile de prétendre qu'il existe un enrichissement sans cause.

Par ailleurs, le *Rapport* semble présumer que le contrat d'union de fait bénéficierait au conjoint vulnérable; cette idée attire un examen critique. Cette présomption s'infère notamment de l'absence de formalité préalable à la formation d'un contrat de vie commune, contrairement, par exemple, à la convention de non-assujettissement aux dispositions du patrimoine familial, qui devait, au moment de l'entrée en vigueur du patrimoine familial, être signée par les deux époux devant un notaire. Si l'intention de protéger le conjoint vulnérable est noble, l'absence d'étude sur les interactions possiblement néfastes entre la contractualisation des unions et l'application de la prestation compensatoire pose problème. On peut imaginer une interprétation restrictive de la prestation compensatoire qui découlerait d'un contrat de vie commune. Nombre de clauses négociées, plutôt que de protéger le conjoint vulnérable, serviraient en réalité de fin de non-recevoir à une demande de prestation compensatoire. À titre d'exemple, tel serait certainement le sort réservé à une

clause prévoyant la séparation de biens des conjoints pendant leur union ou à celle qui préciserait la contribution de chacun à l'union. De telles clauses conclues entre les conjoints pourraient servir de « justification légale » à un enrichissement de l'un d'eux au détriment de l'autre, rendant presque impossible toute réclamation d'une prestation compensatoire. Le *Rapport* est muet quant à ces possibilités.

Au contraire, d'autres éléments laissent croire à une interprétation beaucoup plus large de la prestation compensatoire. En l'absence d'autres réparations pécuniaires prévues par la loi – patrimoine familial, somme globale – pour rétablir les inconvénients économiques découlant d'une union de fait, les juges pourraient voir en la prestation compensatoire l'unique moyen de rétablir une injustice vécue par un conjoint. Rien ne laisse croire que de suivre l'une ou l'autre de ces tendances d'interprétation produirait un juste milieu équitable et prévisible.

Si la contractualisation des rapports conjugaux risque d'influencer l'interprétation de la prestation compensatoire, un élément spécifique de la réforme laisse entrevoir une grande incertitude quant à la possibilité d'appliquer aux unions de fait la jurisprudence développée depuis 1989. Le *Rapport* suggère, eu égard à l'obligation des conjoints de contribuer aux charges de l'union proportionnellement à leurs facultés respectives, une adhésion par les conjoints de fait qui soit purement volontaire et formalisée dans un contrat de vie commune.⁹⁸ C'est donc dire que ce principe ne serait

⁹⁸ *Rapport*, *supra* note 3 aux pp 166–68.

applicable que si conventionné. Cette proposition soulève de nombreux questionnements.

La jurisprudence de l'article 396 CcQ joue un rôle capital dans l'interprétation de la prestation compensatoire lorsque la contribution à indemniser découle de l'apport d'un époux aux charges de l'union, qu'elle est fluide et difficile à mettre en preuve – c'est le cas, notamment, des dépenses courantes, du travail d'entretien, et de l'accompagnement d'un proche malade.⁹⁹ Le remboursement de ces apports se fait en conformité avec l'article 396 CcQ et la jurisprudence qui en découle. Comment concilier ce constat avec le traitement proposé de l'article 396 CcQ par le Comité? En demandant que les unions de fait adhèrent contractuellement au principe de la contribution proportionnelle aux charges de l'union, on rend inopérant un pan important de la jurisprudence, qui devient utile uniquement si les conjoints signent un contrat de vie commune et prévoient cette contribution proportionnelle aux charges de l'union. Si les conjoints n'adhèrent pas à cette obligation contractuellement, impossible de savoir de quelle importance devra être l'apport pour être susceptible de compensation.

De ces questionnements émane une conclusion, soit la grande incertitude d'interprétation dans laquelle plongeraient les conjoints de fait si ces propositions étaient adoptées – celle qui suggère d'étendre la prestation

⁹⁹ La jurisprudence est de moindre importance lorsque l'apport plaidé peut être retracé dans une preuve écrite – par exemple, le versement par un conjoint d'une importante somme d'argent sur l'hypothèque grevant un immeuble qui ne lui appartient pas.

compensatoire aux unions de fait et celles qui proposent une contractualisation de leurs rapports d'interdépendance économique, notamment de la contribution aux charges de l'union.

3.2.2 Harmonisation des normes législatives

Outre cette incertitude qui plane autour de l'interprétation de la prestation compensatoire, l'interaction entre les différentes propositions du *Rapport* suscite un certain scepticisme face à l'objectif d'harmoniser les normes appliquées aux unions de fait et aux mariages, qui semble difficile à atteindre. Certes, la réforme proposée s'ancre dans une perspective contractuelle de l'union conjugale où l'on rompt avec l'imposition de normes impératives. En matière de mariage, on propose de déclarer le patrimoine familial comme régime matrimonial légal,¹⁰⁰ mais de permettre aux époux d'y déroger et d'aménager comme ils le désirent leur relation financière.¹⁰¹ En ce sens, on peut espérer un rapprochement des unions mariées et des unions de fait, toutes deux plus « libres » dans leur union. La prestation compensatoire n'étant pas une institution fixe, elle peut évoluer de nouveau si le *Rapport* est adopté, comme elle l'a fait après l'adoption du patrimoine familial.

Malgré la préoccupation claire des rédacteurs du *Rapport* de contractualiser le mariage et l'union de fait, on peut se demander à quel point le phénomène de contractualisation prendra de l'ampleur. Autrement, les

¹⁰⁰ *Rapport*, supra note 3 aux pp 170–76.

¹⁰¹ *Ibid* aux pp 160–64.

tribunaux seront confrontés à appliquer la prestation compensatoire dans deux contextes juridiques différents. Les conjoints mariés seront présumés avoir un patrimoine familial et se verront toujours soumis à une obligation alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce*.¹⁰² Au contraire, les conjoints de fait ne seront pas assujettis à ces régimes, qui influencent possiblement le développement de la prestation compensatoire.

Surtout, les conjoints mariés seront présumés soumis à l'obligation de contribution proportionnelle aux charges du mariage (art 396 CcQ), mais pourront y déroger.¹⁰³ Au contraire, les conjoints de fait pourront y adhérer ou convenir de tout autre mode de contribution en le spécifiant dans leur contrat de vie commune. À moins d'une mention expresse à ce sujet dans le contrat, les conjoints de fait ne seront pas soumis à cette obligation légale, pourtant fondamentale à l'interprétation de la prestation compensatoire. En ces circonstances, difficile pour les tribunaux de développer une jurisprudence « harmonisée » qui s'applique tant aux unions de fait qu'aux mariages, au surplus lorsque l'apport à compenser inclut un certain travail domestique.

En conclusion, il est difficile d'extraire la prestation compensatoire de l'ensemble des mesures du droit de la famille sans la dénaturer et sans rendre inutile la jurisprudence en la matière depuis presque quarante

¹⁰² *Supra* note 83. Le Comité formule le souhait utopiste que le pouvoir de légiférer sur l'obligation alimentaire soit, par des négociations constitutionnelles, rapatrié au Québec : *Rapport, supra* note 3 aux pp 178–80.

¹⁰³ *Rapport, supra* note 3 aux pp 172–74.

ans. La prestation compensatoire telle qu'on la connaît puise sa relative utilité dans son interaction avec le patrimoine familial, l'obligation alimentaire et, surtout, la règle de la contribution proportionnelle aux charges du mariage. Cette affirmation rappelle les écrits de Pierre Legrand quant au *legal transplant* en droit comparé. Selon lui, la règle de droit est indissociable de son contexte culturel, historique et idéologique. La règle seule n'a aucune existence empirique; elle ne peut être extraite de sa culture légale. Lorsqu'on transplante une règle de droit dans une nouvelle culture légale, sa signification propre s'en détache.¹⁰⁴

Même si l'on ne partage pas complètement l'opinion de Legrand, il sert un avertissement pertinent. La prestation compensatoire n'existe que dans son contexte juridique. Il est vrai qu'ici, le travail de déplacement envisagé s'effectue au sein de la même culture légale, mais traverse d'un microsysteme à un autre. En ce sens, l'élargissement du champ d'application de la prestation compensatoire, tel que le propose le *Rapport*, n'implique pas un déplacement territorial et culturel. Néanmoins, il suppose de transplanter une institution qui se développe organiquement, depuis presque trente ans, avec d'autres normes juridiques impératives et qui sont liées à l'interprétation jurisprudentielle survenue depuis.

Prévoir si la jurisprudence actuelle guiderait l'interprétation que feraient les tribunaux d'une prestation compensatoire appliquée aux unions de fait s'avère

¹⁰⁴ Pierre Legrand, « The Impossibility of 'Legal Transplants' » (1997) 4:2 MJEL 111 aux pp 116, 118.

complexe, notamment en raison des autres modifications substantielles au droit de la famille proposées dans le *Rapport*. Certes, l'incertitude est inhérente à l'adoption d'institutions de droit nouveau. Néanmoins, compte tenu des valeurs véhiculées dans le discours judiciaire, il y a sans doute lieu de s'interroger davantage sur la pertinence d'élargir l'application de la prestation compensatoire aux unions de fait. Minimale, il conviendrait de considérer en détail l'impact possible entre la nouvelle obligation de contribution aux charges de l'union, flexibilisée, et l'interprétation actuelle de la prestation compensatoire.

4. CONCLUSION

En conformité avec l'hypothèse présentée dans l'introduction, l'analyse du discours judiciaire souligne des caractéristiques de la prestation compensatoire. L'étude des deux binarités indique qu'elle se développe de pair avec une vision particulière du rôle et de l'identité des conjoints dans l'union. Dans une perspective genrée du partage des tâches, les jugements incarnent une conception orthodoxe de la conjugalité qui cadre avec le modèle qu'adoptent une minorité de couples. Hétéronormée, cette conception détonne avec les couples de sexes différents dont la forme conjugale se distingue de ce modèle, ainsi qu'avec celle des couples de même sexe qui cadrent difficilement avec un partage des tâches respectant des normes de genre traditionnelles. L'analyse du discours judiciaire de la deuxième binarité illustre les interactions potentielles entre la proposition d'élargir l'application de la prestation compensatoire aux unions de fait et d'autres propositions qui contractualisent les rapports conjugaux. Cette contractualisation des rapports

pécuniaires entre les conjoints soulève des préoccupations quant à l'interprétation de la prestation compensatoire, notamment face à la proposition sur l'apport aux charges de l'union qui rend difficilement applicable la jurisprudence pertinente.

Ce texte visait, entre autres, l'étude de cette proposition d'encadrement législatif des unions de fait dans une perspective nouvelle. En plus d'analyser une institution oubliée des auteurs, l'analyse critique pourrait voir son utilité s'étendre au-delà de son objectif initial. Le Comité pose comme pierre angulaire du *Rapport* sa proposition de créer une prestation compensatoire parentale. Celle-ci permettrait à un parent de réclamer, de l'autre, le versement d'une indemnité compensatoire afin de répartir de manière équitable les « désavantages économiques résultant de l'exercice du rôle parental à l'égard [d'un] enfant commun à charge »¹⁰⁵. Cette prestation compensatoire parentale répondrait à des critères propres à elle, développés par le Comité.¹⁰⁶ Sans me prononcer sur cette proposition, je constate qu'elle devra sans aucun doute faire l'objet d'une recherche juridique exhaustive. En ce sens, l'analyse critique du discours judiciaire de la prestation compensatoire pourrait servir de base de comparaison à l'élaboration de critères d'octroi, car ces deux institutions partagent un objectif compensatoire semblable et assumé. Pourquoi ne pas prendre acte de certaines maladresses jurisprudentielles afin de créer une prestation compensatoire parentale plus

¹⁰⁵ *Rapport*, *supra* note 3 à la p 107.

¹⁰⁶ *Ibid* aux pp 134–36.

adaptée à la diversité familiale contemporaine? Le Comité suggère de reprendre un critère de proportionnalité dans les contributions aux charges de la famille : compte tenu des facultés respectives des parents, seul celui qui vit des désavantages économiques non proportionnels à ceux subis par l'autre pourrait réclamer le versement d'une prestation compensatoire parentale. Ce critère rappelle nettement l'interaction entre la prestation compensatoire conjugale et l'article 396 CcQ. Le glissement possible du critère de proportionnalité vers celui de la normalité doit retenir l'attention du législateur qui considérerait l'adoption d'une prestation compensatoire parentale. Est-il souhaitable que la prestation compensatoire parentale ne soit accordée que si le parent demandeur parvient à faire la preuve d'un désavantage économique exceptionnel ou anormal? Plusieurs arguments convaincants permettent d'en douter, mais une réflexion plus large reste nécessaire pour répondre à la question et pour cerner adéquatement les critères d'une prestation compensatoire parentale efficace.

