

Pour un droit de la famille réaliste, équitable et accessible

Mémoire présenté à la Ministre de la Justice du Québec, le 28 juin 2019, dans le cadre des consultations publiques sur la réforme du droit de la famille.

Ce mémoire est présenté par Suzanne Zaccour et appuyé par la Fédération des femmes du Québec (FFQ).

À propos de nous

Suzanne Zaccour est candidate au doctorat en droit à l'Université d'Oxford, diplômée en droit de l'Université de Cambridge (LLM 2018), de l'Université de Toronto (LLM 2017), et de l'Université McGill (BCL & LLB 2016). Elle est l'auteur de diverses publications scientifiques et grand public, incluant un livre récent sur la culture du viol (*La fabrique du viol*, Leméac, 2019). Ses champs d'expertise incluent le droit de la famille, les violences sexuelles et le sexisme dans la langue.

Suzanne Zaccour peut être contactée à l'adresse suivante :
suzanne.zaccour@mail.mcgill.ca.

Fondée en 1966, la **Fédération des femmes du Québec (FFQ)** est un organisme non partisan de défense collective des droits des femmes, d'éducation et d'action politique. Elle rassemble des centaines de membres associatives et individuelles de partout au Québec, incluant des syndicats, des organismes communautaires et des associations étudiantes. La FFQ travaille, à partir d'une posture intersectionnelle, à l'élimination des inégalités de genre et des rapports de domination dans toutes les sphères de la société.

Résumé

La réforme proposée complexifie inutilement le droit de la famille et échoue à régler les problèmes de l'union de fait. **Le droit de la famille doit être clair, accessible et fonctionnel.** La réforme proposée, au contraire, est basée sur des mythes et regorge de complexités. **Nous appelons à une réforme réaliste,** qui tienne compte de la réalité des Québécois·es et de la diversité des familles.

Le régime parental proposé est complexe et trop restrictif. Il serait difficile à mettre en place et entraînerait une grande confusion en droit de la famille. **Les mécanismes compensatoires sont connus pour être inefficaces, injustes et inaccessibles**—d'ailleurs, ceux qui existent déjà dans notre droit sont rarement utilisés. Nous recommandons l'abandon de la prestation compensatoire parentale.

Les changements proposés pour le régime matrimonial créent des problèmes là où tout fonctionne bien. Le patrimoine familial est essentiel pour protéger les conjoint·es et les enfants vulnérables. La société d'acquêts est populaire auprès des couples, puisque moins de 10% d'entre eux choisissent un autre régime¹. Le régime matrimonial légal devrait demeurer tel quel, et, en matière de conjugalité, **la réforme devrait se centrer sur le vrai problème du droit de la famille québécois : l'absence d'encadrement de l'union de fait.**

La réforme de l'union de fait ne peut pas présumer que les conjoint·es de fait choisissent l'absence de responsabilités légales. Il s'agit là d'un mythe démenti par les sciences sociales. Par ailleurs, les solutions « opt in » ont maintes fois prouvé leur inutilité. Pour être efficace, **la solution au problème des conjoint·es de fait doit être un mécanisme d'inclusion par défaut,** basé sur des mécanismes existant déjà dans le droit, et s'étendre aux couples interdépendants même lorsqu'ils n'ont pas d'enfants. Nous recommandons que les conjoint·es de fait ayant un·e enfant ou ayant fait vie commune pendant trois ans soient inclu·es dans certains effets du mariage.

Nous recommandons au gouvernement :

1. D'abandonner l'idée d'une prestation compensatoire parentale pour compenser les inégalités dans les couples;
2. De laisser la société d'acquêts comme régime matrimonial par défaut et le patrimoine familial comme mécanisme d'ordre public pour les couples mariés;
3. D'assujettir les conjoint·es de fait à un régime inspiré des effets du mariage, notamment le patrimoine familial, la prestation compensatoire conjugale et la pension alimentaire.

¹ Alain Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois: un destin marqué du sceau du paradoxe » (2005) 51 McGill Law Journal 665 à la p 667.

Introduction

Au Québec, 60% des personnes qui travaillent au salaire minimum sont des femmes. Les femmes gagnent 2,55\$ de moins par heure que les hommes. Les femmes qui travaillent comme leur conjoint font 62% du travail ménager, et celles qui travaillent à temps plein alors que leur conjoint est au foyer en font tout de même 50%. **Les mères monoparentales et leurs enfants ont une chance sur trois de vivre dans la pauvreté**, alors que les pères monoparentaux et leurs enfants ont une chance sur sept de vivre dans la pauvreté². C'est dans ce contexte que le Rapport Roy propose une réforme basée sur l'égalité entre les femmes et les hommes—en d'autres mots, **une réforme basée sur un mythe**.

Nous souhaitons attirer l'attention du gouvernement sur les problèmes de la réforme proposée. Nous nous réjouissons que le gouvernement s'attaque à la réforme du droit de la famille, une action longtemps attendue. Le « problème des conjoint-es de fait » est un sujet de préoccupation au Québec depuis longtemps, et plus particulièrement depuis l'affaire *Québec c A*. Cependant, une réforme d'une telle ampleur demande du temps, de la coopération politique et une attention soignée aux différentes options. La réforme proposée semble précipitée et ne tire pas profit d'une riche littérature en droit et en sciences sociales. Nous recommandons une nouvelle réforme reposant sur des faits, des politiques viables, et les valeurs québécoises de solidarité, d'accessibilité et d'égalité.

Partie 1 : Les principes directeurs

1/ L'intérêt et les droits de l'enfant au cœur des priorités

La réforme met de l'avant l'intérêt de l'enfant. Or, il s'agit d'un concept abstrait pour lequel aucune définition ou critère n'est proposé. De plus, la situation financière de l'enfant continuera de dépendre du statut marital de ses parents, puisque la prestation compensatoire parentale sous-compensera les mères non mariées. Finalement, le Comité exclut, sauf exception, la prise en compte des conséquences économiques des soins aux enfants post-séparation, précarisant davantage la situation des enfants et des parents gardiens.

2/ Une réponse inclusive et adaptée à la diversité des couples et des familles

La réforme proposée imagine un couple égalitaire et indépendant jusqu'à l'arrivée de l'enfant. Ce modèle convient à certaines familles, mais pas à toutes. On néglige les couples

² Collectif pour un Québec sans pauvreté, « Femmes et pauvreté », Observatoire de la pauvreté et des inégalités au Québec, 12 octobre 2015, en ligne : <<http://pauvrete.qc.ca/IMG/pdf/151015-femmespauvretemontage.pdf>>.

sans enfants interdépendants, les couples inégaux où une personne détient le pouvoir décisionnel, et les couples sans accès au droit.

- Les femmes de victimes de violence conjugale ne sont pas protégées en cas de retrait du patrimoine familial, et les conséquences économiques de la violence conjugale³ ne sont pas prises en compte dans la prestation compensatoire parentale.
- Les couples démunis ou peu informés seront pénalisés par le régime « opt in » pour les conjoint·es de fait et le changement de régime matrimonial légal.

Pour être inclusive, une réforme doit être adaptée aux besoins des groupes vulnérables, et pas seulement à ceux des familles dites « modernes ». Le Comité affirme que le droit doit s'adapter à la diversité des familles québécoises. Or, la réforme choisie ne s'adresse qu'aux personnes autonomes, informées, et en pleine possession de leurs moyens. Cette réforme ne reconnaît pas la diversité québécoise et abandonne les justiciables qui ne peuvent payer le prix de la liberté contractuelle, notamment les personnes sans accès à des conseils juridiques et les personnes dans des relations inégales.

3/ L'enfant, une responsabilité commune, source d'interdépendance

Bien que l'arrivée d'un·e enfant commun·e soit souvent cause d'interdépendance, **les couples sans enfants ne sont pas toujours indépendants.** La réforme est trop restrictive et néglige de protéger les conjoint·es de fait interdépendants sans enfants, en particulier les femmes en situation financière précaire ou dépendantes de leur conjoint.

4/ Le couple, un espace d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle

L'idéal d'autonomie est noble, mais notre autonomie est rarement complète. La réforme propose des règles qui ne fonctionnent que pour les personnes qui ont les moyens financiers, la capacité cognitive et le temps de prendre des décisions légales éclairées.

Le régime minimaliste proposé suppose que le couple est le mieux placé pour choisir des règles adaptées à sa situation. Or, cette hypothèse n'est vraie que lorsque les couples sont bien informés et négocient sur un pied d'égalité.

Les personnes ordinaires sont peu susceptibles de faire des choix juridiques autonomes et informés par manque de moyens et de connaissances légales. De plus, **pour la femme victime de violence conjugale, le couple n'est pas « un espace d'autonomie »**, et le traiter ainsi est dangereux. La liberté contractuelle ne peut exister en droit que si elle est accompagnée de mécanismes de protection et de révision par les tribunaux qui garantissent que cette liberté soit exercée dans des conditions équitables. La réforme ne prévoit pas de

³ Kathryn Showalter, « Women's employment and domestic violence: A review of the literature » (2016) 31 *Aggression and violent behavior* 37–47.

telles précautions.

5/ Des justiciables éclairés sur leurs droits et leurs obligations

Tout le monde souhaite des justiciables éclairé-es et en mesure de prendre des décisions qui sont les mieux adaptées à leur situation. Cependant, les sciences sociales ont démontré de façon répétée que **l'idéal du choix éclairé et informé est souvent inatteignable en droit de la famille**, particulièrement en contexte conjugal. Pour cette raison, il importe d'avoir des règles par défaut qui protègent les conjoint-es vulnérables et qui correspondent aux besoins d'une majorité des justiciables. Le retrait de la société d'acquêts comme régime par défaut et le maintien d'une logique d'adhésion volontaire pour les unions de fait présument des connaissances juridiques chez la majorité des justiciables, une croyance pourtant démentie par les données empiriques⁴.

6/ Une justice familiale accessible

En choisissant un nouveau mécanisme compensatoire plutôt que d'adapter des mécanismes existants et bien connus, la réforme rendrait le droit de la famille encore moins accessible⁵.

Proposition alternative de principes directeurs

Une réforme de droit de la famille devrait se centrer sur d'autres principes : la solidarité et la protection des sujets peu informés ou vulnérables. Les familles québécoises ont des besoins et des réalités variées, et le droit de la famille doit s'adapter à cette complexité plutôt que de l'ignorer. De plus, une réforme qui n'examine pas ses conséquences pour les femmes ramène le Québec en arrière. Malgré l'égalité formelle mise de l'avant par le Comité, les femmes demeurent les premières victimes de la violence conjugale, continuent de gagner moins que leur conjoint, et prennent encore davantage soin des enfants.

La réforme présume à tort que les familles québécoises sont toutes « modernes », autonomes, et égalitaires. Une réforme juridique est un processus complexe et incertain. La baser sur des hypothèses erronées exacerbe cette incertitude. La réforme proposée entend adapter le droit de la famille à la **réalité d'aujourd'hui**; ainsi, elle doit tenir compte de toutes les facettes de la vie familiale au Québec, qui inclue malheureusement l'inégalité et la violence conjugale. Une réforme qui ignore les inégalités risque de les aggraver.

⁴ Hélène Belleau, *Quand l'amour et l'État rendent aveugle: le mythe du mariage automatique*, PUQ, 2012.

⁵ Tel qu'expliqué dans la dissidence de Dominique Goubau : Comité consultatif sur le droit de la famille et Alain Roy (prés), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, 2015 aux pp 587-589 [Rapport Roy].

Pour une réforme réaliste

Ce que nous proposons n'est pas de « centrer les marges » avec une réforme axée sur les besoins des personnes les plus marginalisées. Nous proposons de **centrer la réalité des personnes ordinaires**. La norme, en droit de la famille, ce sont des justiciables peu informés, sans accès à des services juridiques coûteux, et dans des relations souvent inégales.

Personnes peu informées

Les gens ordinaires se préoccupent rarement à l'avance des considérations légales et sont peu intéressés à signer des contrats⁶. Près de la moitié des Canadien·nes qui plaident en cour sur des questions familiales se représentent seules⁷. Même si l'État met en place des mesures pour rendre la justice plus accessible, cette réalité ne peut être ignorée au moment de passer des lois qui complexifient le droit et présument le choix éclairé des citoyen·nes.

La population québécoise est particulièrement mal informée sur la situation des couples non mariés. La majorité de conjoint·es de fait croit qu'elle est sujette au même régime que les personnes mariées⁸. On ne peut donc pas présumer, dans une province où les gens choisissent de plus en plus de ne pas se marier, qu'il s'agit là d'un choix de ne pas avoir d'obligations légales envers le ou la partenaire.

Couples inégaux et violences conjugales

La violence conjugale est un problème central en droit de la famille⁹. Bien que la grande majorité des familles soient capables de régler leurs différends par elles-mêmes, celles qui ont recours aux tribunaux vivent souvent de la violence conjugale¹⁰. Ainsi, **la violence conjugale ne peut pas être traitée comme une exception** ou une arrière-pensée, surtout à l'ère de #MeToo. Affirmer l'importance de l'égalité de droit et de l'autonomie dans le couple ne suffit pas à rendre une femme victime de violence conjugale égale et libre dans les faits.

La réforme suppose que le couple est plus autonome s'il peut décider par lui-même de ses obligations. Or, un contrat négocié en contexte de violence conjugale n'est pas plus respectueux de l'autonomie de la victime que ne l'est un régime imposé par l'État.

⁶ Belleau, *supra* note 3.

⁷ Ministère de la justice, Gouvernement du Canada, « JustFacts - Self-Represented Litigants in Family Law », 5 décembre 2013, en ligne : <<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/jf-pf/srl-pnr.html>>.

⁸ Hélène Belleau, « D'un mythe à l'autre: de l'ignorance des lois à la présomption du choix éclairé chez les conjoints en union libre » (2015) 27:1 Canadian Journal of Women and the Law 1–21.

⁹ Peter G Jaffe, Nancy KD Lemon et Samantha E Poisson, *Child custody and domestic violence: A call for safety and accountability*, Sage, 2003.

¹⁰ Douglas A Brownridge, « Violence against women post-separation » (2006) 11:5 Aggression and Violent Behavior 514–530.

Qui a besoin du droit de la famille?

Ne pensons pas qu'aux nombres, mais aussi à l'enjeu. Pour une personne pauvre ou qui tente d'échapper à un conjoint contrôlant, un ensemble de règles ou un autre affecte non seulement son train de vie, mais aussi sa sécurité, sa santé, et sa capacité à prendre soin de ses enfants.

Qui a vraiment besoin du droit de la famille? Est-ce le couple égalitaire à deux salaires, capable de négocier son propre régime de façon éclairée? Ou est-ce le couple mal informé où s'exercent des violences conjugales?

La proposition de réforme prend le parti du premier couple et abandonne le deuxième. Or, **pour les couples égalitaires et informés, qu'on ait ou non un régime protecteur ne change rien.** Ces couples sont en mesure de signer un contrat pour créer leur propre droit¹¹. Par contre, **pour le couple mal informé ou inégalitaire, les changements de défaut proposés font toute la différence du monde.** Il est infiniment plus facile pour la femme autonome de s'exclure par contrat de la société d'acquêts qu'il ne l'est pour la femme violentée de signer un contrat pour y adhérer.

De quoi a besoin le droit de la famille?

Principes directeurs 2.0

- 1 : L'égalité et la justice au cœur des priorités
- 2 : Une réforme inclusive qui tient compte des besoins des groupes vulnérables
- 3 : Reconnaître l'interdépendance, qu'elle soit ou non causée par l'enfanta
- 4 : Reconnaître les limites de l'autonomie et de la liberté de choix dans les couples
- 5 : Une justice familiale réaliste
- 6 : Une justice familiale accessible

Que pouvons-nous déduire de toute cela?

1) Le régime par défaut importe le plus pour les couples pauvres ou mal informés qui ne peuvent pas efficacement déroger à ces règles—inutile de les changer pour le bénéfice des couples riches et autonomes.

2) Le régime impératif importe le plus pour les victimes de violence conjugale qui ne peuvent pas exercer de façon sécuritaire leur liberté contractuelle—on ne peut pas choisir ce qui est impératif sur la base des couples égalitaires et autonomes.

Suivre ces conclusions nous mène à un droit efficace : centré sur les situations fréquentes, celles où l'enjeu est grand, et celles où les justiciables ne sont pas en mesure de créer leur propre régime. **Concrètement, un droit**

efficace est protecteur par défaut, tout en permettant des dérogations. Il prévoit également certaines protections impératives pour protéger les enfants et toutes ces femmes pour qui plus de liberté contractuelle signifie moins de liberté réelle.

¹¹ Même pour ce qui est du patrimoine familial impératif, le couple peut renoncer au partage égal à la fin de la relation.

Partie 2 : Le régime parental impératif

Problème 1 : La portée du régime parental est trop restrictive

Plutôt que d'établir un régime pour les conjoint·es de fait, la réforme se centre sur la création d'un régime parental impératif. Bien que ce nouveau régime contienne des éléments utiles, il est trop restrictif.

L'interdépendance ne naît pas seulement avec l'enfant commun. Voici quelques exemples de personnes qui seraient exclues du régime :

- Lucie vit avec Marc depuis 10 ans. Elle a fait deux fausses-couches qui l'ont menée à faire une dépression et à perdre son emploi.
- Thérèse vit avec Lucas depuis 8 ans. Elle vit de la violence conjugale qui affecte sa capacité à obtenir un emploi rémunéré.
- Camilla a lâché son emploi et déménagé dans une autre ville pour que Jean-Louis puisse accepter une promotion. Trouver un nouvel emploi lui a pris 6 mois, et son salaire a chuté de 25%.
- Michèle vit depuis plus de 30 ans avec Philippe. Depuis leur vie commune, Michèle n'a plus eu d'emploi rémunéré. Elle a d'abord pris soin des jeunes enfants de Philippe (dont elle n'est pas la mère), puis de la carrière de Philippe, et enfin des parents de Philippe.

Ces femmes sont abandonnées par le nouveau régime si elles ne pensent pas ou ne réussissent pas à signer un contrat de cohabitation, ou si elles se laissent convaincre de déroger au patrimoine familial. Ainsi, **le régime proposé a une portée trop restreinte pour remplir son objectif compensatoire.** L'interdépendance et les contributions disproportionnées doivent être reconnues par le droit, qu'elles soient causées par une naissance, la violence conjugale, le soin aux beaux-enfants ou beaux-parents, la maladie, les sacrifices pour la carrière du conjoint, ou d'autres raisons.

Solution : Affiner les critères d'éligibilité des conjoint·es de fait

La plupart des juridictions qui prévoient des protections pour les couples non mariés établissent l'éligibilité en fonction de deux critères : un·e enfant commun·e ou une relation d'une certaine permanence. Par exemple, le Manitoba prévoit certaines protections pour les parents qui cohabitent *et* pour les couples qui ont vécu ensemble pendant au moins trois ans¹². Nous proposons que la réforme adopte aussi un double critère.

Une définition incluant les couples ayant un·e enfant ou ayant fait vie commune pendant au moins trois ans est claire, prévisible et efficace. Certes, elle pourrait couvrir des couples en réalité indépendants, mais c'est également le cas de la réforme proposée : certains couples sont parents *et* indépendants. Une règle par défaut ne peut être parfaite, mais elle doit couvrir la majorité des cas et les cas les plus significatifs. Avec une règle de durée, les

¹² *The Family Property Act*, CCSM c F25.

couples qui préfèrent l'indépendance financière ont largement le temps de se soustraire au régime. Comme nous l'avons vu, **signer un contrat d'exclusion est plus réaliste** dans un couple autonome que ne l'est le fait de signer un contrat protecteur dans un couple inégal.

Alternativement, le régime pourrait s'appliquer à tous les couples avec enfants ou qui satisfont un critère qualitatif, par exemple « avoir vécu des désavantages causés par la relation ». Un tel critère pourrait être clarifié grâce à une liste de facteurs. Une autre option est que l'inclusion après trois ans soit présumée, en laissant aux couples sans enfant commun la possibilité de démontrer qu'ils ont vécu de manière indépendante. Ces possibilités sont préférables à la réforme proposée, mais nous recommandons tout de même un critère de durée qui, étant clair et prévisible, rend la justice plus accessible et efficace.

Problème 2: Le régime proposé est confus et complexe

Certains aspects de la réforme proposée pourraient contribuer à atténuer les inégalités vécues par les conjoint·es de fait, puisque les parents non marié·es d'un·e enfant commun seraient assujetti·es à l'obligation de contribuer aux charges de la famille et à certaines protections de la résidence familiale. Cependant, corriger les inégalités économiques au moyen d'une nouvelle prestation compensatoire parentale est inutilement complexe.

La prestation compensatoire parentale est présentée dans le Rapport Roy comme une innovation. Dans un domaine où l'accès à la justice est déjà difficile, où les montants en jeu sont faibles, et où les parties n'ont pas les mêmes moyens financiers, **innovation rime avec confusion**. L'innovation nous prive de l'expérience acquise des juges et des avocat·es en droit de la famille. Elle nous prive d'un système testé empiriquement. Elle rend la réforme imprévisible. Par ailleurs, la complexité pénalise inévitablement la partie financièrement désavantagée. Et n'oublions pas la terminologie commue des prestations compensatoires parentale et conjugale qui risque de confondre encore davantage la population.

Plutôt que de s'hasarder à évaluer les conséquences d'une réforme originale, pourquoi ne pas se tourner vers des solutions que l'on peut évaluer empiriquement pour s'assurer qu'elles conviennent aux familles québécoises? **Le régime proposé plongerait les familles québécoises, et en particulier les conjoint·es non marié·es, dans une grande incertitude**, contrevenant aux principes directeurs « Des justiciables éclairés sur leurs droits et obligations » et « Une justice familiale accessible ».

Solution : Choisir un mécanisme existant

Le Québec n'est pas la première juridiction à se demander comment réagir à des contributions inégales dans les familles. Les possibilités sont nombreuses, et choisir un mécanisme qui existe déjà—que ce soit dans le droit québécois, canadien ou étranger—permettrait de réellement offrir une justice accessible et efficace et d'anticiper les problèmes pratiques. **La réforme du droit familial est un sujet trop sérieux pour s'y lancer à l'aveuglette.**

Problème 3 : Le régime proposé est inefficace et inaccessible

Le problème éternel des mécanismes compensatoires est la complexité de la preuve requise. Les juges auront la tâche ardue de comparer des contributions pécuniaires (par exemple, 5623\$) avec des contributions non pécuniaires (par exemple, faire à manger 26 fois). Un tel exercice donne difficilement lieu à une jurisprudence prévisible et cohérente, rendant le règlement hors cours plus ardu. Le recours fréquent aux tribunaux entrave l'efficacité de la justice, gruge les finances publiques, et pénalise la partie ayant moins de ressources. Par ailleurs, **les couples ordinaires ne tiennent pas des comptes serrés de leurs contributions** en argent ou en temps, ce qui pénalise d'emblée le conjoint ou la conjointe qui tente de démontrer des contributions inégales. Ainsi, « [l]'importance disproportionnée que prend la preuve dans les affaires de prestation compensatoire semble être en tension, voir être irréconciliable, avec l'idée d'une justice familiale accessible¹³ ».

Certes, le Comité prévoit la mise en place de lignes directrices et de présomptions. Or, la conception de lignes directrices justes et adéquates représentera une tâche herculéenne. **En matière de compensation, chaque cas est un cas d'espèce.** C'est sans doute pour cette raison qu'avec les années, des lignes directrices ont été développées pour les pensions alimentaires, mais pas pour la prestation compensatoire, qui demeure imprévisible.

Rappelons que des mécanismes compensatoires existent déjà dans notre droit : l'enrichissement injustifié pour les conjoint·es de fait et la prestation compensatoire pour les conjoint·es marié·es. Ces mécanismes sont, depuis toujours, peu utilisés en raison de leur inefficacité—d'où cette réforme! Pourquoi, alors, reproduire ces problèmes?

Solution: Choisir un mécanisme compensatoire efficace

Nous recommandons au gouvernement d'abandonner l'idée d'un mécanisme compensatoire pour les parents, et d'intégrer plutôt certains couples non mariés à certains effets du mariage. La famille n'est pas un espace où des comptes serrés peuvent être tenus ou des gestes d'amour, remboursés. C'est un espace de solidarité et de responsabilité envers ses proches. Cependant, si le gouvernement tient à une réforme basée sur une logique de compensation, **la proposition du Rapport Roy n'est pas la seule option possible.**

Il est possible de réaliser une logique compensatoire autrement qu'avec le versement d'une somme globale. Prenons la pension alimentaire pour ex-époux/se comme exemple. Ce mécanisme a notamment un objectif compensatoire, même si sa mise en application utilise d'autres critères comme les besoins et la capacité à payer comme proxys¹⁴.

Les mécanismes compensatoires demandent une preuve trop difficile à produire. Ainsi, les lignes directrices de la pension pour ex-époux/se emploient des facteurs simples pour

¹³ Laurence Saint-Pierre Harvey, « Prestation compensatoire et union de fait en droit québécois: Étude critique du discours judiciaire » (2018) 31 Can J Fam L 127 à la p 162.

¹⁴ DA Rollie Thompson, « Ideas of Spousal Support Entitlement » (2014) 34:1 Canadian Family Law Quarterly 1 à la p 27.

réaliser l'objectif compensatoire de façon certes imparfaite, mais infiniment plus efficace¹⁵. Si une logique compensatoire est maintenue dans la réforme, nous recommandons qu'une telle approche soit choisie, c'est-à-dire le recours à un mécanisme simple, connu et efficace.

Des paiements périodiques basés sur les besoins et la capacité à payer peuvent remplir ce rôle. La prestation compensatoire proposée « fait de nombreux emprunts au régime de l'obligation alimentaire tout en essayant de s'en distancier sur le plan théorique¹⁶ ». Or, la pension alimentaire est plus souple et plus efficace. La pension alimentaire à l'ex-époux/se est bien développée en droit canadien, bénéficie de lignes directrices facultatives, et permet la compensation même lorsque la partie qui doit payer n'a pas les moyens de payer d'un coup. Finalement, un mécanisme qui peut être révisé ne requiert pas d'hypothèses hasardeuses concernant les revenus futurs des parties, et permet des corrections lorsque les prédictions se révèlent être largement erronées.

Une pension pour ex-conjoint-e nuit-elle au principe de rupture nette? Rappelons d'abord que la rupture nette est rarement possible lorsque des enfants sont en jeu. Quelles que soient les obligations financières entre les parents, la pension pour enfant existe sur le long terme et peut constamment être révisée. Par ailleurs, on peut permettre aux parties qui en ont les moyens de remplacer des paiements périodiques par une somme globale, sans imposer cette modalité à tous les couples¹⁷. Il n'y a donc pas lieu d'ajouter des complexités au droit de la famille pour régler le faux problème de la rupture nette.

Problème 4: Le mécanisme proposé perpétue les inégalités dans le couple

En plus d'être inaccessible et trop restrictive, la prestation compensatoire parentale perpétuera les inégalités dans le couple et dans la société en sous-compensant les femmes. Le risque de sous-compensation existe que le montant soit fixé par des lignes directrices, par négociation, ou de façon discrétionnaire par les tribunaux.

D'abord, le Comité ne souhaite compenser que les pertes causées par l'enfant commun. Les femmes qui prennent soin des enfants ou des parents de leur conjoint, les femmes qui restent au foyer pour s'occuper des enfants communs mais qui n'avaient pas d'emploi au début de la relation, les femmes qui perdent leur emploi aux suites d'une dépression ou de blessures physiques causées par la violence conjugale : toutes ces femmes seraient abandonnées par le nouveau régime. Attardons-nous sur le cas de la violence conjugale. Une victime qui a été mariée peut être compensée, via la pension alimentaire, pour les conséquences économiques de la violence conjugale. Une victime qui n'a pas été mariée ne le sera pas, et ce, même si on peut douter que, dans une relation violente, le statut du couple dépende vraiment du choix de la victime.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Rapport Roy, *supra* note 3 à la p 587.

¹⁷ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2e suppl), art 15.2.

Ensuite, en s'agrippant au principe irréaliste de la rupture nette, le Comité propose une solution qui sera bien souvent plus illusoire que réelle. Plusieurs parents débiteurs qui seraient en mesure de payer une compensation par de petits paiements mensuels échapperont à la prestation compensatoire sous forme de somme globale en raison de moyens insuffisants, et ce, malgré la volonté du comité de tenir compte de revenus futurs¹⁸.

Par ailleurs, le critère de proportionnalité engendrera des injustices entre la personne à plus faibles revenus (souvent la femme), et la personne aux revenus plus élevés (souvent l'homme) : « Une perte de 20% d'un revenu minimal n'a pas le même impact sur le niveau de vie qu'une perte de 20% d'un revenu confortable¹⁹ ». **Une contribution peut être proportionnée sans pour autant être juste.**

De plus, le comité désire soustraire du montant de la compensation celui qui est dû en vertu du régime matrimonial. Cela signifie par exemple que, dès que les sommes dues en vertu du patrimoine familial ou du régime matrimonial dépassent le montant de la prestation compensatoire parentale, la prestation n'est d'aucune utilité! Or, les mécanismes ont des visées et des raisons d'être différentes. Cette mesure aura un effet disproportionné sur les femmes en situation de pauvreté et les familles à faibles revenus, et sur les femmes dans des couples plus aisés. D'une part, on voit mal comment des familles sans biens (patrimoine familial et régime matrimonial) pourront verser une telle prestation. D'autre part, lorsque les biens à diviser représentent des sommes élevées, aucune prestation compensatoire parentale ne sera versée, aucun désavantage ne sera reconnu. En plus de reposer sur des assises conceptuelles faibles, cette logique étrange jure avec la rhétorique du choix explicite inhérent au reste de la réforme, et aura pour conséquences d'oblitérer encore plus l'efficacité du régime compensatoire. La mesure n'a aussi visiblement rien d'impératif si l'on peut la moduler par contrat.

Autre difficulté : les contributions des hommes dans le couple sont généralement plus facilement démontrables que celles des femmes (contributions financières plutôt que non financières, contributions ponctuelles plutôt que régulières, etc.)²⁰. De plus, les études démontrent que les femmes sous-estiment leurs contributions ménagères, alors que les hommes surestiment les leurs²¹. Ces biais se répercuteront sur les montants demandés et accordés, perpétuant l'appauvrissement des femmes suite à une relation.

Les femmes seront aussi sous-compensées en raison d'une sous-évaluation de l'impact à long terme des sacrifices professionnels. C'est ce qu'on observe avec les pensions

¹⁸ Rapport Roy, *supra* note 3 à la p 587.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Jan Pahl, « Family finances, individualisation, spending patterns and access to credit » (2008) 37:2 The Journal of Socio-Economics 577-591.

²¹ « Raising Kids and Running a Household: How Working Parents Share the Load » (4 novembre 2015), en ligne : <<https://www.pewsocialtrends.org/2015/11/04/raising-kids-and-running-a-household-how-working-parents-share-the-load/>>; Yoshinori Kamo, « "He Said, She Said": Assessing Discrepancies in Husbands' and Wives' Reports on the Division of Household Labor » (2000) 29:4 Social Science Research 459-476; Yun-Suk Lee et Linda J Waite, « Husbands' and Wives' Time Spent on Housework: A Comparison of Measures » (2005) 67:2 Journal of Marriage and Family 328-336.

alimentaires pour ex-époux/ses²². Un **effet d’ancrage** rendra aussi les montants trop petits, puisqu’avec une prestation compensatoire, la conjointe part de zéro, tandis qu’avec un partage du patrimoine familial, chacun·e a d’emblée droit à la moitié. L’approche choisie perpétuera l’image de la conjointe pauvre comme quêtuse, plutôt que d’établir une norme de partage, d’égalité et de responsabilité. Cette image affectera non seulement les cas judiciairisés mais aussi les négociations hors cour et l’imaginaire populaire.

Finalement, la prestation compensatoire peut créer des incitatifs pervers. Le risque de sous-compensation incite les justiciables à profiter des contributions inégales de leur partenaire plutôt qu’à rechercher l’équité dans leur couple. Avec un partage des acquêts ou une pension alimentaire, au contraire, le ou la conjoint·e mieux payé·e a intérêt à favoriser l’avancement professionnel de l’autre. À priori comme à posteriori, le mécanisme compensatoire échouera à assurer des contributions équitables par les parents d’un·e enfant à charge.

Solution : Rejeter le modèle compensatoire comme solution aux inégalités

La prestation compensatoire peut exister comme mécanisme d’appoint, mais elle ne peut pas servir comme unique ou principal mécanisme de redressement des inégalités. En effet, **tout porte à croire qu’elle perpétuera ces inégalités.**

Partie 3 : Le mariage

Problème 1 : Rendre le patrimoine familial optionnel est dangereux

Le partage égal du patrimoine familial a été mis en place en 1989 pour protéger les femmes vulnérables « choisissant » (ou étant poussées à choisir) la séparation de biens. Il s’agit d’une protection minimale nécessaire pour des raisons d’ordre public. Par ailleurs, le partage du patrimoine familial est immédiat, contrairement à la pension alimentaire; il est donc essentiel pour les conjoint·es et enfants vulnérables.

Les « contrats » en droit de la famille sont fondamentalement différents des contrats dans le contexte commercial. Dans sa dissidence au Rapport Roy, Dominique Goubau explique que « **l’on peut qualifier de mythe, particulièrement dans le contexte conjugal, la croyance selon laquelle ce qui a été négocié et mutuellement consenti est nécessairement équitable**²³ ». Le droit de la famille doit donc prévoir des dispositions impératives équitables, ainsi que des mécanismes pour réviser les accords entre les conjoint·es et les modifier lorsqu’ils sont injustes, ce qui n’est pas le cas de la réforme proposée.

Les couples qui préfèrent s’exclure du patrimoine familial sont déjà libres d’y renoncer à la fin de la relation. On n’empiète donc pas sur leur liberté en s’assurant de protéger les conjoint·es vulnérables. Par ailleurs, le droit prévoit **déjà** des exceptions au

²² Thompson, *supra* note 13 à la p 30.

²³ Rapport Roy, *supra* note 3 à la p 584.

partage égal du patrimoine familial dans certaines circonstances²⁴. Pourquoi, alors, choisir une avenue si draconienne?

Il est trop risqué qu'un contrat dérogeant au patrimoine familial ne soit le résultat de violences conjugales, de menaces, de contrôle économique, ou tout simplement de manque de prévoyance. En effet, les couples pâtissent d'un biais d'optimisme et d'une grande inaptitude à prévoir l'avenir²⁵. Une personne qui commence une relation ne peut savoir où elle en sera dans 15 ans, après la venue de deux enfants. Certaines normes en droit de la famille sont facultatives, mais celle du patrimoine familial doit demeurer impérative pour protéger les personnes de leur insouciance ou de leur partenaire.

Même en 2019, beaucoup de femmes ont peu de contrôle sur leur relation. Une femme peut être poussée à déroger au patrimoine familial par un conjoint contrôlant qui veut s'assurer qu'elle n'ait pas les moyens de le quitter. Au Québec, les refuges pour femmes violentées et leurs enfants débordent²⁶. Dans ces circonstances, de nombreuses femmes sont contraintes de demeurer avec leur conjoint violent par manque de moyens, s'exposant et exposant leurs enfants à un grave danger. Dans un pays où une femme est tuée par un conjoint tous les six jours²⁷, voulons-nous choisir un régime qui accentuera la vulnérabilité des femmes, forçant des victimes à demeurer avec leurs enfants dans des situations dangereuses? Ces dangers concrets doivent prendre le dessus sur l'attrait théorique d'un régime fondé sur l'autonomie. **Une femme forcée à demeurer avec un conjoint violent par manque de moyens ne gagne rien en autonomie lorsqu'on lui donne la « liberté » de s'exclure du patrimoine familial.**

Solution : Maintenir le patrimoine familial

La vraie autonomie, c'est la possibilité de quitter. Conservons un mécanisme qui ne cause pas de problèmes sociaux, contribue à l'égalité des genres, et n'attire pas de forte contestation sociale. Si vraiment un tel régime nous préoccupe, pourquoi ne pas envisager une avenue moins draconienne, comme un adoucissement des critères permettant aux tribunaux d'ordonner, **à posteriori seulement**, le partage inégal du patrimoine familial?

Problème 2 : Changer le régime par défaut est inefficace

Moins de 10% des couples mariés choisissent de s'exclure de la société d'acquêts²⁸. Ce régime populaire a été mis en place pour reconnaître l'égalité des conjoint·es et remplacer une communauté des biens globale qui ne convenait plus à l'ère moderne. Forcer les

²⁴ Code civil du Québec, art 422.

²⁵ Belleau, *supra* note 3; Belleau, *supra* note 7.

²⁶ « Les refuges pour femmes itinérantes débordent à Québec », *Radio-Canada* (5 octobre 2018), en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1128179/refuges-femmes-itinerantes-debordent-quebec-province-sans-abris>>.

²⁷ Statistiques Canada, « Homicide in Canada, 2011 », *Juristat* (archives), en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2012001/article/11738-eng.pdf>>.

²⁸ Alain Roy, « Le contrat de mariage en droit québécois: un destin marqué du sceau du paradoxe » (2005) 51 *McGill Law Journal* 665 à la p 667.

couples à choisir la société d'acquêts par contrat est extrêmement inefficace. Les contrats notariés sont coûteux financièrement et émotivement²⁹. Les couples n'aiment pas penser à la séparation et en sous-estiment la probabilité. En conséquence, beaucoup de couples qui auraient bénéficié d'un tel régime n'y auront pas accès par manque d'information, par crainte que signer un contrat envenime le couple, ou par manque de temps et d'argent.

La société d'acquêts reconnaît que les couples mariés partagent certaines ressources, mais pas toutes. C'est un régime populaire dans de nombreuses juridictions de droit civil et qui correspond à l'image que nous avons du mariage. La société d'acquêts incite chaque conjoint·e à se préoccuper de la réussite professionnelle de l'autre, plutôt que d'inciter les couples à adopter un modèle traditionnel de pourvoyeur-ménagère. **Changer le régime pour rendre le droit plus « moderne » risque au contraire d'encourager plus de dépendance et de pratiques passéistes.**

Ce sont les couples qui désirent rester financièrement indépendants qui devraient avoir à déroger au régime matrimonial de base, une avenue qui est plus accessible aux couples autonomes à deux salaires. Par ailleurs, lorsque le régime matrimonial de base est plus égalitaire, le ou la conjoint·e vulnérable peut s'y appuyer pour négocier des dérogations équitables, plutôt que de se voir imposer les conditions du ou de la conjoint·e plus riche³⁰. Dans une société où, même pour un même emploi, les femmes gagnent moins que les hommes, ce sont encore les femmes qui paieront prix d'une supposée « modernité ».

Solution : Conserver la société d'acquêts comme régime par défaut

Le gouvernement devrait conserver un régime matrimonial fonctionnel, efficace et populaire, et se concentrer sur la réforme du statut des conjoint·es de fait—le véritable problème à l'origine du processus de réforme et du Rapport Roy.

Partie 4 : L'union de fait

Problème 1: Le gouvernement présume un choix qui n'existe pas

Au Québec, **plus de la moitié des conjoint·es de fait pensent être soumis·es aux mêmes obligations légales que les personnes mariées**³¹. Pourtant, la réforme leur propose un régime extrêmement limité sous prétexte qu'ils et elles choisissent de s'exclure de ces mêmes obligations légales! On présume ainsi que le choix de ne pas se marier est un choix d'éviter des obligations financières réciproques bien précises. Les sciences sociales nous démontrent pourtant le contraire.

²⁹ Helen Reece, « Leaping without looking » dans Robert Leckey, dir, *After Legal Equality: Family, Sex, Kinship*, Routledge, 2015, 115-133 à la p 120.

³⁰ Robert H Mnookin et Lewis Kornhauser, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce » (1979) 88:5 Yale Law Journal 950-997.

³¹ Belleau, *supra* note 7.

Les conjoint·es de fait choisissent cette union pour une multitude de raisons³². On peut nier des obligations réciproques aux couples qui sont dans des unions instables de courte durée, ou aux rares couples qui rejettent délibérément le droit matrimonial. Or, bien des couples refusent le mariage pour des raisons idéologiques, rejetant le symbolisme plutôt que le régime légal du mariage. D'autres ne se marient pas par inertie ou attendent d'avoir les moyens de célébrer un mariage³³. Parfois, la partie économiquement favorisée frustre les efforts de formalisation de l'union de l'autre partie spécifiquement pour la priver de protections légales³⁴. Surtout, **pour bien des couples québécois, la cohabitation est équivalente au mariage.**

On ne peut pas inventer ce que les couples « choisissent » en ne se mariant pas. Les données empiriques montrent que les conjoint·es de fait croient être déjà soumis·es aux conséquences légales du mariage, et que les couples soutiennent le partage égal du patrimoine familial même pour les couples non mariés³⁵. Fonder une réforme sur un théorie factuellement erronée serait irresponsable.

Par ailleurs, le prétendu choix des conjoint·es d'être financièrement autonomes n'est pas respecté par le droit public³⁶. La *Loi sur les impôts*, la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles* et d'autres lois sociales présument, même de façon irréfragable, que les conjoint·es de fait partagent leurs ressources³⁷. Une conjointe victime de violence conjugale pourrait ainsi se voir refuser catégoriquement des prestations sociales sur la base du salaire ou des avoirs de son conjoint, sans que le droit de la famille n'oblige ledit conjoint à partager ses ressources. Le droit de la famille québécois maintient un système à deux poids, deux mesures qui pénalise les personnes à faible revenu indépendamment de leurs choix. **L'interaction du droit public et du droit privé crée ainsi une dépendance forcée qui nuit à l'autonomie individuelle.**

Si l'argument du choix ne tient pas, on ne peut pas présumer qu'un régime « opt in » ou minimaliste bénéficie davantage à l'autonomie des couples qu'un régime plus équitable. En

³² Belleau, *supra* note 3; Joanna Miles, « Unmarried cohabitation in a European perspective » dans Jens M Scherpe, dir, *European Family Law Vol. III – Family Law in a European Perspective*, 2016, 82-115 à la p 88; M V Antokolskaia, « Economic Consequences of Informal Heterosexual Cohabitation From A Comparative Perspective: Respect Parties' Autonomy or Protection of the Weaker Party? » dans Alain-Laurent Verbeke et al, dir, *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law. Liber Amicorum Walter Pintens*, Intersentia, 2012, 41–64; Anne Barlow, « Cohabitation law reform—messages from research » (2006) 14:2 *Feminist legal studies* 167–180.

³³ Anne Barlow et Grace James, « Regulating marriage and cohabitation in 21st century Britain » (2004) 67:2 *The Modern Law Review* 143–176 à la p 158.

³⁴ *Québec (Procureur général) c A*, [2013] 1 RCS 61, 2013 CSC 5 au para 375 (juge Abella); *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c Walsh*, 2002 CSC 83 au para 152 (juge L'Heureux-Dubé).

³⁵ Belleau, *supra* note 7.

³⁶ *Ibid*; Robert Leckey, « Strange bedfellows » (2014) 64:5 *University of Toronto Law Journal* 641–668.

³⁷ *Loi sur les impôts*, RLRQ c I-3, art 2.2.1; *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, RLRQ c A-13.1.1, art 22.

d'autres mots, un régime « opt out » ne peut pas être rejeté sous prétexte qu'il enfreindrait un choix qui n'existe pas.

Solution: Établir un régime qui reconnaît l'interdépendance dans les familles

Le gouvernement ne devrait pas présumer qu'un régime minimaliste est ce que les conjoint·es de fait choisissent. Il devrait plutôt choisir un régime réaliste, accessible et juste, un régime qui reconnaît l'interdépendance des conjoint·es de fait qui, dans un Québec moderne, se considèrent « comme marié·es ».

Problème 2: La prestation compensatoire conjugale ne peut corriger les inégalités dans le couple

Le gouvernement propose d'assujettir les conjoint·es de fait à la prestation compensatoire conjugale et au régime parental impératif. Au-delà de ces mesures, les protections des conjoint·es de fait seraient de type « opt in ». Or, la prestation compensatoire conjugale est un mécanisme inefficace et inéquitable.

D'abord, la prestation compensatoire conjugale partage bien des problèmes exposés plus haut pour la prestation compensatoire parentale : complexité, sous-compensation, incertitude, etc. S'y ajoutent l'absence de lignes directrices. Par ailleurs, les failles actuelles de la prestation compensatoire pour les couples mariés laissent présager les mêmes difficultés, voire pire, pour les couples non mariés.

La jurisprudence a développé depuis 40 ans une compréhension de la prestation compensatoire conjugale comme mécanisme auxiliaire au patrimoine familial. Le savoir et les principes développés ne pourront pas facilement se transposer au nouveau contexte de contractualisation des rapports conjugaux. Comme l'explique Laurence Saint-Pierre Harvey, « [l]a 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. [On] peut même imaginer presque quarante ans de jurisprudence placés au rancart³⁸ ». Dans ce contexte, « l'absence d'étude sur les interactions possiblement néfastes entre la contractualisation des unions et l'application de la prestation compensatoire pose problème³⁹ ». Par ailleurs, appliquer un mécanisme compensatoire dans deux contextes juridiques différents, soit les couples mariés ou non, mènera à encore plus de complexités et d'incohérences⁴⁰.

Enfin, **des stéréotypes de genre corrompent la prestation compensatoire⁴¹**. Alors que le partage du patrimoine familial et la société d'acquêts se fondent sur une logique d'égalité entre les conjoint·es, la prestation compensatoire se base sur un modèle de

³⁸ Saint-Pierre Harvey, *supra* note 12 à la p 168.

³⁹ *Ibid* à la p 169.

⁴⁰ *Ibid* aux pp 168-175.

⁴¹ *Ibid* aux pp 163-166.

normalité⁴². Cette « normalité » risque d'introduire une conception biaisée du rôle des femmes et des hommes dans le couple.

Solution : Établir d'autres mécanismes de correction des inégalités

La prestation compensatoire n'est pas nécessairement à bannir, mais elle ne peut, à elle seule, corriger les inégalités dans les couples non mariés (même sans enfants). D'autres mécanismes de protection par défaut doivent être prévus.

Problème 3 : Le gouvernement se fie à des solutions de type « opt in »

Une solution « opt in » ne peut pas régler le problème des unions de fait, puisque celui-ci repose sur : l'ignorance de la loi, la tendance à l'inaction légale même quand les problèmes légaux sont connus, et les rapports de force inégaux entre la personne qui veut formaliser l'union et celle qui a intérêt à ne pas le faire⁴³. Ainsi, si les mécanismes compensatoires prévus sont insuffisants, il faut assujettir les couples non mariés à d'autres mécanismes de protection par défaut.

Comprenons bien : **des options « opt in » existent déjà**. Il ne s'agit pas d'une nouvelle solution mais du choix du statu quo. Les contrats de cohabitation ne sont pas utilisés; sinon, on n'aurait pas besoin de réforme! En d'autres mots, en choisissant le régime « opt in », **le gouvernement choisit l'absence de régime**.

Comment penser que, soudainement, les couples voudront signer des contrats? La volonté d'informer les conjoint-es de fait et de fournir des contrats-types est louable, mais semble vouée à l'échec. Deux sondages réalisés pour la Chambre des notaires du Québec avant et après la très médiatisée affaire « Éric c. Lola » montrent la ténacité du mythe de la protection des conjoint-es de fait. Dans l'étude de 2007, 60% des répondant-es conjoint-es de fait « pensaient avoir le même statut légal que les couples mariés après quelques années de vie commune⁴⁴ ». Dans l'étude de 2013, cette proportion montait à 71%⁴⁵. Même si l'on parvenait à informer les conjoint-es de fait, leur faire signer des contrats est un toute autre défi. En Angleterre, suite à une vaste campagne de sensibilisation pour pousser les couples non mariés à signer des contrats de cohabitation, les études ont démontré qu'on avait pu informer un bon nombre de couples, mais pas les convaincre d'agir⁴⁶.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Barlow, *supra* note 31.

⁴⁴ 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*, Emploi Québec Laval; INRS Centre-Urbanisation Culture Société, 2017.

⁴⁵ Ipsos Descarie, « Perception du mariage et de l'union libre » [2007] Sondage réalisé pour le compte de la Chambre des notaires 3–89; CROP, « Campagne uniondefait.ca, sondage réalité pour la Chambre des notaires », mars 2013.

⁴⁶ Anne Barlow et al, *Cohabitation, Marriage and the Law: Social Change and Legal Reform in the 21st Century*, Bloomsbury Publishing, 2005.

Les coûts de la contractualisation sont tout simplement trop élevés : pas seulement pour le portefeuille des Québécois·es, mais aussi pour leur relation. Les négociations légales causent des conflits, créent une mentalité « moi contre toi », et envoient un message négatif au ou à la partenaire⁴⁷. La réforme offre aux couples de choisir leurs obligations, mais **ce que les couples préfèrent, c'est souvent de ne pas avoir à choisir**. C'est là la beauté de régimes « opt out » équitables, réalistes et fonctionnels pour la majorité.

Rappelons également les biais d'inaction et d'optimisme des êtres humains. Les conjoint·es de fait n'imaginent pas une séparation ou des problèmes financiers⁴⁸. Leur cerveau humain ne deviendra pas rationnel du jour au lendemain simplement en consacrant dans la loi l'importance du choix éclairé.

Plutôt que de régler le problème central du droit de la famille (la cohabitation interdépendante de longue durée non reconnue en droit), la réforme créerait des problèmes additionnels et réglerait des problèmes inexistants. Plutôt que de répondre aux mécompréhensions des conjoint·es de fait, la réforme complexifierait le droit en passant de deux statuts (marié ou non marié) à quatre statuts (marié avec enfant, non marié avec enfant, marié sans enfant, non marié sans enfant). Voilà une bien mauvaise façon de moderniser notre droit.

Solution : Assujettir certains conjoint·es de fait à certains effets du mariage

Comme le constatent de nombreux·ses expert·es, le problème des conjoint·es de fait ne peut être réglé que par une solution de type « opt out ». Un tel régime ne peut s'appliquer qu'aux parents; **il doit s'étendre aux conjoint·es de fait dans une union durable**.

Le nouveau régime devra utiliser des mécanismes existant déjà dans le droit pour être fonctionnel et accessible. Il devra être efficace et protéger les conjoint·es vulnérables, posant le fardeau d'y déroger sur les couples indépendants ayant des moyens. Ainsi, le régime devra incorporer non seulement la prestation compensatoire conjugale, mais aussi le partage du patrimoine familial et la pension alimentaire à l'ex-conjoint·e, voire d'autres mécanismes comme la société d'acquêts. Notons que toutes les autres provinces canadiennes assujettissent certains couples non mariés à au moins une obligation alimentaire⁴⁹. Il ne s'agit pas d'imposer une pension alimentaire pour tous les couples qui se séparent : la pension alimentaire pour ex-conjoint·es répond à des critères d'éligibilité bien précis. Elle ne s'applique que dans les couples où se retrouvent à la fois un besoin et une capacité à payer, et seulement tant que ces deux conditions sont présentes.

Un tel régime n'enfreint pas l'autonomie des conjoint·es de fait, puisque nous avons vu que, sauf exception, **ils et elles ne font pas le choix d'éviter les conséquences légales du mariage**. En définissant les conjoint·es de fait comme des couples qui ont un·e enfant ou font vie commune depuis trois ans, on donne aux couples qui voudraient aménager

⁴⁷ Reece, *supra* note 28 à la p 120.

⁴⁸ Belleau, *supra* note 3.

⁴⁹ Rapport Roy, *supra* note 3 à la p 246.

autrement leur relations une période claire pour signer un contrat. C'est en considérant le cas le plus probable que l'on doit légiférer, pas l'exception, au risque d'avoir une justice inefficace.

Si, malgré ces explications, des doutes demeurent, le gouvernement peut toujours donner aux couples la possibilité de renverser une présomption d'inclusion dans le régime après trois ans de vie commune. Les couples pourraient alors démontrer, même en l'absence d'un contrat d'exclusion, qu'ils ont maintenu des finances séparées ou encore qu'ils n'ont pas vécu de désavantage économique causé par la relation.

Conclusions et recommandations

La réforme proposée complexifie inutilement le droit de la famille, déloge un régime matrimonial légal populaire (la société d'acquêts), et échoue à régler le problème des conjoint-es de fait. Cette réforme s'appuie trop sur les recommandations du rapport Roy, qui pourtant inclut une forte dissidence de Dominique Goubau et fait l'objet de critiques depuis quatre ans.

Le gouvernement doit considérer et recueillir des commentaires sur des propositions alternatives. Il doit s'intéresser à ce qui se fait ailleurs, se baser sur les recherches rigoureuses en sciences sociales, et choisir des solutions testées empiriquement, plutôt que de jouer à la roulette avec un régime qui n'a jamais fait ses preuves. Dans les dernières décennies, les autres provinces et des dizaines d'autres juridictions se sont attaquées aux mêmes problèmes que ceux vécus au Québec. Aller voir ce qui fonctionne ou pas ailleurs est une approche plus raisonnable que de plonger le droit de la famille québécois dans un chaos inutile.

Pour respecter davantage l'équité, la logique du droit civil, l'évolution historique du droit de la famille, les recherches en sciences sociales et la littérature académique, **nous appelons la Ministre de la justice et le gouvernement à :**

- 1. Baser une éventuelle réforme du droit de la famille sur des études empiriques et des consultations d'expert-es et de la population, et non sur une proposition unique issue du Rapport Roy;**
- 2. Abandonner l'idée irréaliste d'une prestation compensatoire parentale;**
- 3. Établir un régime pour les conjoint-es de fait qui s'applique aux parents d'un-e enfant commun-e et aux couples ayant cohabité au moins trois ans. Ce régime devrait inclure non seulement la prestation compensatoire conjugale, mais aussi la pension alimentaire pour ex-conjoint-e et le partage égal du patrimoine familial, voire la société d'acquêts;**
- 4. Conserver les effets actuels du mariage : patrimoine familial comme mécanisme d'ordre public et société d'acquêts comme régime matrimonial par défaut pour les couples mariés.**