

Portrait critique de l'union de fait en droit québécois

Michelle Giroux and Anouk Laurent

Volume 20, Number 1, 1989

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058516ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058516ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Giroux, M. & Laurent, A. (1989). Portrait critique de l'union de fait en droit québécois. *Revue générale de droit*, 20(1), 129–153.

<https://doi.org/10.7202/1058516ar>

Article abstract

The concept of “living together” has won popularity in Western Societies. Nevertheless, in Quebec the phenomenon has not been fully accepted by the legal system yet. From this perspective, the authors will examine the situation of concubines in regard to positive law, and more specifically to the contradiction between social and civil law. Some couples have organized their life using existing contractual means to protect themselves in case of termination of their relationship. Two types of possible agreements will be reviewed. Finally, there has been frequent disputes as to how to divide assets between concubines when they have signed no contract. Quebec courts have had to formulate solutions calling upon principles of partnership and the doctrine of unjust enrichment. The problem lies in the fact that certain common law principles are being applied in order to provide a remedy which does not exist in civil law.

Portrait critique de l'union de fait en droit québécois

MICHELLE GIROUX *

ANOUK LAURENT *

Diplômées en droit de l'Université d'Ottawa,
étudiantes à l'École du Barreau du Québec,
Ottawa et Montréal

RÉSUMÉ

L'union de fait jouit d'une popularité grandissante auprès des sociétés occidentales et plus particulièrement au Québec. Pourtant, le phénomène ne bénéficie toujours pas d'une protection légale uniforme. Dans ce contexte, les auteures traiteront de la situation de l'union de fait au regard du droit positif et porteront une attention particulière à l'antinomie qui gouverne le droit social et le droit civil actuels. Les voies contractuelles offertes aux concubins pour régler leurs rapports d'ordre patrimonial seront également portées à l'étude, de même que les solutions développées par la jurisprudence en l'absence de contrat, soit la société tacite et l'enrichissement injustifié. Ce dernier point pose plusieurs difficultés en ce que les tribunaux font régulièrement appel à la common law pour corriger les lacunes du droit civil.

ABSTRACT

The concept of "living together" has won popularity in Western Societies. Nevertheless, in Quebec the phenomenon has not been fully accepted by the legal system yet. From this perspective, the authors will examine the situation of concubines in regard to positive law, and more specifically to the contradiction between social and civil law. Some couples have organized their life using existing contractual means to protect themselves in case of termination of their relationship. Two types of possible agreements will be reviewed. Finally, there has been frequent disputes as to how to divide assets between concubines when they have signed no contract. Quebec courts have had to formulate solutions calling upon principles of partnership and the doctrine of unjust enrichment. The problem lies in the fact that certain common law principles are being applied in order to provide a remedy which does not exist in civil law.

* Les auteures remercient les professeurs Ernest Caparros et Marie Pratte pour leur encouragement et leur critique constructive.

SOMMAIRE

Introduction	130
I. L'union de fait dans le droit positif	131
A. Assimilation et différenciation entre concubinage et mariage	131
1. Lois sociales	132
2. Les codes civils	135
B. Impact du droit positif sur la relation concubinaire	137
1. Les différents visages de l'union de fait	138
2. Contradiction entre le droit social et le droit civil	139
II. Les concubins dans leurs rapports d'ordre patrimonial	142
A. Voies contractuelles pour répondre à l'originalité de la relation	143
1. Contrat global	143
2. Contrats particuliers	146
B. Les solutions jurisprudentielles en l'absence de contrat	147
1. Société tacite	147
2. Enrichissement sans cause	150
Conclusion	153

Boire, manger, coucher ensemble
Est mariage, ce me semble

Vieux proverbe français

INTRODUCTION

1. L'union de fait a connu, à travers l'histoire, une existence plutôt tumultueuse. Alors que le droit romain en faisait un mariage de deuxième classe qui n'avait aucune conséquence légale, à l'époque du Bas-Empire et de l'avènement du Christianisme, on interdisait les dons entre concubins afin de promouvoir l'union légitime. Par la suite, l'ancien droit français, d'influence canonique, adopte une position de combat face à l'union de fait, position qui s'amenuisera lors de la Révolution. Avec la codification de 1804, l'illégalité fait place à l'ignorance qui, espère-t-on, dissuadera les individus de vivre en concubinage¹. En droit québécois, l'union de fait est tantôt condamnée, tantôt ignorée².

1. P.A. MERLIN, « Concubinage », *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome 3, 5^e éd., Paris, Garnery, 1827, pp. 353-356.

2. Article 768 C.c.B.-C. abrogé le 2 avril 1981 par la *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 35.

Aujourd'hui, on fait preuve de tolérance à l'égard de ce phénomène de plus en plus accepté dans les mœurs. Le législateur, dans une perspective d'adaptation sociale, l'a même assimilé au mariage à des conditions et dans un cadre très spécifique. Pourtant, les codes civils se refusent toujours à le réglementer. Dans l'état actuel du droit québécois, imprégné d'incohérence, nous nous proposons d'analyser la situation de l'union de fait au regard du droit positif, tant social que civil, ainsi que des voies juridiques ouvertes aux concubins pour régler leurs rapports patrimoniaux. Nous étudierons également la position des tribunaux afin d'en faire ressortir les principes qui pourraient possiblement donner naissance à une solution aux difficultés posées par l'union de fait, sans toutefois la privilégier au mariage, institution qui convient toujours à la majorité des Québécois.

I. L'UNION DE FAIT DANS LE DROIT POSITIF

2. L'étude de l'union de fait dans le cadre du droit actuel est la première étape à franchir dans la définition de son statut. Notre recherche nous permettra d'abord de constater que le droit québécois assimile le concubinage au mariage ou l'en distingue selon les lois visées. Par la suite, nous tenterons d'analyser l'impact de cette situation sur la relation concubinaire.

A. ASSIMILATION ET DIFFÉRENCIATION ENTRE CONCUBINAGE ET MARIAGE

3. Le phénomène de l'union de fait jouit d'une reconnaissance grandissante sur le plan social, tant au Québec que dans les autres sociétés occidentales³. Toutefois, cette acceptation sociale ne lui permet pas de bénéficier d'une protection légale uniforme. Elle ne fait qu'expliquer la tendance à intégrer de plus en plus, dans la législation sociale, les conjoints de fait qui mènent une vie similaire à celle d'un couple marié et qui ne constituent donc pas une menace pour l'ordre établi⁴.

3. Mary-Ann GLENDON, *State, Law and Family*, North-Holland, Amsterdam, New York, Oxford, 1977, p. 80.

4. Suzanne P. BOIVIN, « J'me marie, J'me marie pas? Étude de la situation juridique des conjoints de fait en droit canadien », dans E. SLASS, *Le droit de la famille au Canada : Nouvelles orientations*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, 1985, p. 180.

1. Lois sociales

4. Il ne s'agit pas en l'espèce de dresser une liste exhaustive des lois sociales québécoises qui font produire des effets juridiques à l'union de fait, mais plutôt d'en faire une analyse générale nous permettant d'exposer les diverses tendances à travers les critères de détermination et de qualification retenus.

5. En général, les critères que l'on peut extraire de ces lois sont l'exigence d'une communauté de vie, d'un comportement conjugal et l'absence d'un lien matrimonial. Les critères qui qualifient l'état d'union de fait se résument à la notoriété et la stabilité de la vie commune. Ils seront employés afin de déterminer l'étendue de la reconnaissance légale du concubinage :

La conjugaison dans le concubinage de l'apparence de mariage et de la possession d'état de marié va justifier l'assimilation de cet état marital de fait au mariage. Ainsi assimilé et vivifié par le droit, le concubinage va se voir reconnaître le bénéfice d'avantages spécifiques au mariage. Toutefois, l'étendue de ces avantages sera affaire de politique législative ministérielle et de taux d'assimilation du fait au droit par les différents départements ministériels.⁵

6. Nous avons relevé plusieurs catégories de lois sociales qui réfèrent aux conjoints de fait. Malheureusement, chacune de ces catégories nous offre une définition différente de cet état. Par exemple, la *Loi sur les accidents du travail*⁶, la *Loi sur l'assurance-automobile*⁷ et la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents criminels*⁸, qui constituent des lois à caractère indemnitaire, requièrent l'établissement de trois critères avant qu'un conjoint de fait puisse en bénéficier :

Conjoint : Est marié et cohabite avec le travailleur *ou* vit maritalement avec le travailleur *et* réside avec lui depuis au moins trois ans ou depuis un an si un enfant est né ou est à naître de leur union *et* est publiquement représenté comme son conjoint.⁹

7. Par ailleurs, dans le cas des lois visant l'admissibilité d'un individu aux programmes y offerts, l'assimilation de l'union de fait au mariage sera permise après avoir démontré la cohabitation et la vie maritale. Les lois portant sur l'accessibilité aux régimes d'aide sociale¹⁰

5. François HÉLEINE, « Le concubinage, institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.* 624, p. 637.

6. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A.3.001.

7. *Loi sur l'assurance-automobile*, L.R.Q., c. A-25.

8. *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels*, L.R.Q., c. I-6.

9. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, *supra*, note 6, art. 2. Par ailleurs, la *Loi sur l'assurance-automobile* et la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* sont au même effet.

10. *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q., c. A-16.

ou d'aide juridique¹¹ en sont de bons exemples. À ce stade, il nous est possible de remarquer que la définition des conjoints de fait varie selon les droits qui leur sont accordés, et entraîne une certaine confusion sur la notion d'union de fait à l'intérieur même des lois sociales. D'une part, les lois sociales à caractère indemnitaire préconisent une restriction de la définition parce qu'il s'agit « des secteurs de droit dans lesquels on se préoccupe surtout d'assurer aux individus des revenus suffisants lorsqu'ils auront quitté le marché du travail. En d'autres termes, ce sont des secteurs d'assurance collective à laquelle souscrivent ceux qui en bénéficient »¹². Il a fallu assimiler le concubinage au mariage dans ces cas pour éviter de créer une injustice. En effet, il aurait été inéquitable de limiter le droit de réclamer du concubin survivant, sous prétexte qu'il n'avait pas le statut donnant droit à la redistribution des fonds perçus alors qu'il aurait contribué de la même façon que le conjoint survivant¹³. D'autre part, les lois d'admissibilité sont plus larges et tentent de rejoindre plus de couples concubinaires parce qu'il est à l'avantage de l'État de considérer l'unité familiale, au lieu de l'individu, comme facteur pour déterminer le revenu. Ainsi, l'accès d'un individu aux bénéfices offerts par l'aide sociale sera affecté directement par son lien concubinaire, peu importe la durée ou la notoriété, et cela permettra à l'État de se dégager de certaines obligations de soutien économique¹⁴.

8. Nous voudrions mentionner également que la *Loi sur le régime des rentes du Québec* ajoute une exigence à celles dont nous avons traité plus tôt : il s'agit de la relation pourvoyeur-entretenu, que nous n'avons retrouvée dans nulle autre loi¹⁵. En effet, comme en fait mention le professeur François Héleine, le contexte social se faisant plus tolérant à l'égard du concubinage, on a peu à peu élargi les voies d'accès pour l'assimiler au mariage en supprimant certaines exigences particulières, telles que la relation pourvoyeur-entretenu, et en en réduisant d'autres, telles la durée, qui assortissaient les critères déterminatifs de l'état de concubinage. Toutefois, en contrepartie, on a pu constater l'apparition de nouvelles variables, telles que la présence d'un enfant¹⁶. Malgré la particularité de la *Loi sur le régime des rentes*, il n'en résulte pas moins intéressant de l'analyser. En effet, vers la fin des années 1970, cette loi a suscité une certaine controverse relative à la notion de conjoint survivant,

11. *Règlement d'application de la Loi sur l'aide juridique*, R.R.Q. 1981, c. A-14, r. I, modifié par le Décret 943-83, (1983) 115 *G.O.* II, 2343.

12. F. HÉLEINE, *loc. cit.*, note 5, p. 645.

13. *Ibid.*

14. S.P. BOIVIN, *loc. cit.*, note 4, p. 180.

15. *Loi sur le régime des rentes du Québec*, S.Q. 1965, c. 24, art. 105b), remplacée par L.R.Q., c. R-9, art. 91 b).

16. F. HÉLEINE, *loc. cit.*, note 5, pp. 647-648.

qui s'est reflétée en jurisprudence et sur laquelle nous reviendrons lors de notre étude sur l'antinomie qui gouverne le droit social et le droit civil¹⁷.

9. Au regard des observations qui précèdent sur les objectifs menés par les diverses lois sociales dans l'assimilation du concubinage au mariage, nous avons noté l'absence de critères similaires et, par conséquent, d'une communauté d'attitude sur la question. Il semble découler d'une telle conjoncture une reconnaissance de deux types de concubinage législatif, l'un très ouvert à la réception par le droit du ménage de fait, et l'autre plus exigeant à l'égard du phénomène concubinaire¹⁸. La diversité des critères utilisés et retenus pour des fins distinctes témoigne des préoccupations spécifiques aux différents ministères qui, de façon plus ou moins arbitraire, appliquent leurs politiques législatives à l'union de fait¹⁹. Ajoutons que des critères, tels la durée, posent de sérieuses difficultés relatives à l'établissement du point de départ de l'union ainsi que de sa stabilité. Dans une étude publiée en 1985 par le Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, et portant sur le droit de la famille au Canada, M^e Suzanne P. Boivin écrit que pour éviter le problème posé par la diversité des critères, le législateur devrait possiblement axer toute reconnaissance de l'union de fait sur la présence d'enfants, une solution qui aurait été retenue en Suède²⁰. Par ailleurs, le Conseil du statut de la femme au Québec a recommandé que les critères de durée de l'union concubinaire dans le cadre des lois sociales soient uniformisés²¹.

10. Le manque d'uniformité est donc facilement remarquable au sein des lois sociales, qui confondent les conjoints de fait et les époux, et nous ne pourrions nous en surprendre. En effet, l'union de fait est devenue, avec l'évolution des mœurs, une réalité de plus en plus acceptée socialement, mais tel que l'a souligné le professeur Héleine, juridiquement parlant, elle est encore très inconfortable²². On a légiféré, il est vrai, sur la situation des concubins, mais il n'en reste pas moins que cela s'est fait dans un cadre très spécifique, sans ériger de système de valeurs, tel qu'établi dans le droit civil :

L'existence même de ces multiples définitions témoigne du souci du droit de ne pas accepter l'union de fait comme une institution qui se situerait sur un pied d'égalité avec le mariage mais bien de limiter la reconnaissance d'un phénomène social à quelques droits strictement définis.²³

17. Voir *infra*, le paragraphe 24.

18. F. HÉLEINE, *loc. cit.*, note 5, p. 640.

19. *Id.*, p. 625.

20. S.P. BOIVIN, *loc. cit.*, note 4, p. 195.

21. *Id.*, p. 198.

22. F. HÉLEINE, *loc. cit.*, note 5, p. 625.

23. Éthel GROFFIER, « Les époux de fait dans le droit civil du Québec », dans J.M. EEKFLAAR, et S.N. KATZ (ed.), *Marriage and cohabitation in contemporary societies*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 236.

2. Les codes civils

11. Il n'est pas étonnant de constater le quasi-silence du législateur dans les codes civils parce que le droit civil se veut l'organisation législative d'une société qui préfère encore le mariage au concubinage²⁴.

12. Malgré tout, l'attitude de la société à l'égard de l'union de fait a bien évolué. Avant la réforme du droit de la famille en 1980²⁵, la désapprobation d'une telle relation s'exprimait par des règles de droit qui interdisaient tout accord domestique, ou donation entre vifs²⁶.

13. À l'origine, l'article 768 C.c.B.-C. interdisait les donations entre vifs faites entre les concubins. Il se lisait comme suit :

Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins, sont limités à des aliments.

Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires. Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes.

La liberté de tester n'était pas visée par cette disposition et a même été interprétée de façon favorable à la concubine²⁷. De plus, l'article 768 C.c.B.-C. a été interprété littéralement par la jurisprudence qui lui a fait produire des effets uniquement dans les cas où la donation avait été faite après que le concubinage eût cessé, suivant ainsi le libellé du texte mais sûrement pas son esprit²⁸. Une telle interprétation a permis à M^e André Cossette d'affirmer : « Il n'est pas faux de dire que les tribunaux ont toujours accueilli avec réticence les demandes d'annulation de donations basées sur l'article 768 C.c.B.-C., ce qui était grandement favorable aux concubins »²⁹. Il y a donc lieu de se demander quel est l'impact véritable de l'abrogation de cette disposition. Même si la portée de l'article 768 C.c.B.-C. n'était pas des plus menaçantes, son abrogation a permis au concubinage d'acquérir droit de cité au Québec. L'ordre public ne prohibant plus cette union, plusieurs auteurs ont écrit que le concubinage était rentré dans le domaine du licite³⁰. Qui plus est, nous croyons qu'elle

24. André COSSETTE, « Le concubinage au Québec », (1985-86) 88 *R. du N.* 42, p. 54.

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

26. Voir ancien article 768 C.c.B.-C. et S.P. BOIVIN, *loc. cit.* note 4, p. 181.

27. A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 24, pp. 45-46.

28. *Bois c. Gravel*, [1975] C.A. 331 qui confirme la position antérieure de la Cour d'appel dans *Belleau c. Carrier*, [1971] C.A. 58.

29. A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 24, p. 47.

30. *Id.*, p. 43 et Marcel GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la Loi 89 », [1981] *C.P. du N* 163, p. 164.

a confirmé l'opinion jurisprudentielle antérieure à l'abrogation de l'article 768 C.c.B.-C., plutôt sympathique à l'existence du concubinage. Par exemple, en matière de responsabilité délictuelle, la jurisprudence a accepté en 1976, dans l'affaire *Therrien c. Gunville*³¹, que le conjoint de fait obtienne la réparation du préjudice causé par des blessures graves à la suite d'un accident subi par son concubin. On a donc interprété le terme « autrui » de l'article 1053 C.c.B.-C. de façon à y inclure le conjoint de fait dans une action pour perte de *servitium* et *consortium*. On a également appliqué la notion de mandat apparent aux concubins qui, dans leurs rapports avec les tiers, avaient laissé croire qu'ils étaient mariés afin de permettre aux tiers de leur imputer la responsabilité des dettes du ménage, comme dans le cas des époux légitimes³². De plus, nous croyons également que l'abrogation de cet article a permis une certaine concordance avec les lois sociales qui, comme nous l'avons vu, sont beaucoup plus tolérantes à l'égard du phénomène³³.

14. Mentionnons par ailleurs la volonté manifestée par l'Office de révision du Code civil dans le projet de code civil d'attribuer aux concubins la qualité d'époux de fait³⁴, et même de régir la question des droits alimentaires³⁵, recommandations qui n'ont pas été suivies :

Lors de la Commission parlementaire de la justice sur la réforme du droit de la famille en mars 1979, la plupart des mémoires soumis demandaient aux législateurs de respecter cette volonté des couples non mariés de distinguer leur choix de formule de vie par rapport au mariage. Il nous a donc paru opportun de ne pas intervenir à l'égard de ce mode de vie librement décidé : il n'y a donc pas lieu de l'institutionnaliser ou de le réglementer.³⁶

De cette façon, on a reconnu aux concubins la faculté d'aménager leur relation de façon entièrement libre, respectant un mode de vie qui se veut hors la loi du mariage³⁷. Désormais, ils sont soumis comme n'importe qui au droit commun et ne devront pas aller à l'encontre des règles d'ordre public et de bonnes mœurs.

15. À noter également l'introduction dans le *Code civil du Bas-Canada* en 1979 des dispositions relatives au maintien du concubin dans

31. *Therrien c. Gunville*, [1976] C.S. 777.

32. *Dufresne c. Brousseau*, (1916) 49 C.S. 67. Voir également *Bois c. Gravel et Belleau c. Carrier*, *supra*, note 28 pour l'interprétation de l'article 758 C.c.B.-C.

33. Voir *supra*, les paragraphes 3 à 10.

34. *Rapport sur le Code civil du Québec*, Vol. I, Montréal, Éditeur officiel, 1977, p. 63, Livre II, art. 49. Pour une critique de cette proposition, voir Ernest CAPARROS, *Les Régimes matrimoniaux au Québec*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1981, n^o 48, pp. 29-30.

35. *Rapport sur le Code civil du Québec*, *id.*, p. 119, Livre II, art. 338.

36. M.-A. BÉDARD, ministre de la Justice, Assemblée Nationale, *Journal des débats*, 4 décembre 1980, vol. 23, p. 608.

37. Marie-José LONGTIN, « Les lignes de force de la Loi 89 instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille », (1981) 22 *C. de D.* 297, p. 302.

les lieux loués³⁸. Il s'agit de la seule référence à l'union de fait dans le *Code civil du Bas-Canada*, et ses implications en sont très restreintes.

16. Par ailleurs, la contrepartie du choix de ne pas être régi par la relation juridique à laquelle donne lieu le mariage et, ainsi, de ne pas se voir imposer des devoirs de fidélité, secours et assistance tels que prévus par le régime primaire³⁹, est de ne pas avoir droit aux avantages qui en résultent. Ne doit-on pas en effet relever l'illogisme de ceux qui refusent les engagements et obligations du mariage en s'installant délibérément dans la situation de concubinage, puis exigent ensuite de bénéficier d'avantages liés au mariage⁴⁰? Cette préférence marquée du législateur à l'égard du mariage a été dénoncée par certains auteurs parce que « en acceptant de s'enfermer dans une situation de vie rappelant le mariage, le téméraire devrait y trouver certains bénéfices juridiques »⁴¹. Nous croyons, à cet effet, qu'il y aurait lieu d'accorder une certaine protection aux intervenants, sans toutefois faire de l'union de fait une institution juridique, parce qu'il ne fait pas de doute qu'une réglementation qui supposerait des conditions de fond et de durée entraînerait nombre de couples à se mettre délibérément en dehors de son champ d'application⁴². À cette affirmation, certains répondront peut-être que cette opération devrait être laissée entre les mains des tribunaux qui, selon chaque cas, décideraient du bien-fondé de la demande, comme ils ont déjà eu à le faire⁴³. Cependant, la légitimité de l'union de fait contraindra peut-être un jour le législateur à se prononcer, afin de répondre à une réalité familiale nouvelle et remédier aux divers conflits mettant en cause le mariage et le concubinage dans le cadre des domaines de droit civil et social.

B. IMPACT DU DROIT POSITIF SUR LA RELATION CONCUBINAIRE

17. L'union de fait, telle que nous avons voulu l'étudier, est la situation de l'homme et de la femme qui vivent ensemble sans être unis l'un à l'autre par le lien du mariage. À cet état de concubinage se greffent plusieurs caractéristiques qui n'entraîneront pas les mêmes effets juridiques. Par exemple, lorsque l'un des concubins est encore lié par les obligations d'un mariage antérieur, la situation révélera une réalité plus complexe

38. Articles 1657.2 et 1657.3 C.c.B.-C.

39. Articles 440 à 462 C.c.Q.

40. Jean CHAMPION, *Droit des femmes : Union libre — Enfants naturels*, Paris, J. Delmas et Cie, 1984, p. 112.

41. F. HÉLEINE, *loc. cit.*, note 5, p. 651.

42. J. CHAMPION, *op. cit.*, note 40, p. 107.

43. Voir *infra*, les paragraphes 51 et ss.

que lorsque les deux individus sont tous deux célibataires. D'où l'intérêt d'explicitier sur les différents types d'union de fait et des conséquences juridiques qui en découlent.

1. Les différents visages de l'union de fait

18. En premier lieu, l'union volage, qui consiste en des rapports passagers et épisodiques n'entraînant pas de communauté de vie stable et continue, ne produit aucune conséquence juridique importante. L'union hors mariage implique la cohabitation et une communauté de vie stable et permanente. C'est la situation du couple qui préfère une relation non réglementée à celle du mariage et, plus souvent qu'autrement, il s'agira d'une période d'essai avant le mariage. Ce type d'union implique des conséquences juridiques dans des circonstances spécifiques et à certaines conditions parce qu'elle présente les apparences de l'union légitime⁴⁴. Enfin, l'union contre mariage est celle qui pose le plus de difficultés parce qu'elle entre en conflit avec le mariage, plus précisément un mariage antérieur de l'un ou l'autre des concubins, dissous ou non. Les complications les plus courantes seront reliées aux droits et obligations alimentaires⁴⁵.

19. L'un des traits importants de l'union concubinaire génératrice d'effets juridiques est la communauté de vie que la Cour supérieure du Québec a défini en 1984 comme étant :

[...] une manière de partager pendant un temps sa vie personnelle avec un autre en certain lieu, c'est se rendre réciproquement accessible à l'intimité de l'autre de façon usuelle. La vie commune pour cette raison est difficilement concevable sans échange au niveau intellectuel et affectif.⁴⁶

À ce titre, nous pouvons nous demander ce qui pousse les individus à faire vie commune sans choisir le mariage. Les différentes facettes du concubinage démontrent un goût pour la liberté à laquelle la loi porterait atteinte en imposant aux conjoints de fait un statut similaire à celui des époux, empêchant ainsi le développement d'une alternative au mariage, libre de toute législation⁴⁷. Nous verrons que la contradiction entre le droit civil et le droit social peut entraîner une certaine confusion dans l'esprit de ces individus faisant vie commune. En effet, d'un côté, on

44. Par exemple, dans le cadre de leurs rapports avec les tiers. *cf.* notes 31 et 32.

45. Françoise ALT-MAES, « La situation de la concubine et de la femme mariée dans le droit français », (1983) 82 *Rev. Trim. dr. civ.* 641, p. 643.

46. *Droit de la famille — 117*, [1984] C.S. 319.

47. Ruth DEECH, « The case against legal recognition of cohabitation », dans J.M. EEKELAAR et S.N. KATZ, *Marriage and cohabitation in contemporary societies*, Toronto, Butterworths, 1980, pp. 301-302.

admet leur situation et, de l'autre, on les ignore totalement. Fort heureusement, les tribunaux sont venus, au fil des années, établir certains principes.

2. Contradiction entre le droit social et le droit civil

20. Dans le Code Napoléon de 1804, le législateur français, sans interdire expressément l'union de fait, a omis de l'organiser dans sa formation et dans ses effets. Le *Code civil du Bas-Canada*, qui a repris presque intégralement les dispositions du droit français, a fait de même et, à ce jour, il est nécessaire de s'interroger sur ce silence qui ne cadre pas avec la législation sociale. Par ailleurs, le *Code civil du Québec*, en introduisant le Livre de la famille, met l'accent sur l'épanouissement des individus dans le cadre de la famille. Ainsi, comme l'écrit Françoise Alt-Maes :

La famille « nucléaire », définie comme le rassemblement de plusieurs individus bénéficiant chacun d'un statut juridique, donne une plus grande place à la famille naturelle. Il faut alors savoir si cette conception nouvelle n'entraîne pas nécessairement une autre définition de l'union libre.⁴⁸

Nous ne prétendons pas avoir la réponse à une telle interrogation mais il semble que l'ignorance de la loi n'a jamais empêché l'union de fait d'exister et a certainement occasionné des problèmes aux tribunaux, qui ne savent pas exactement sur quoi se baser pour résoudre les disputes entre concubins ou entre concubins et ex-époux. À cet égard, il est intéressant de noter la fréquence avec laquelle sont citées les décisions de common law par les tribunaux québécois et ce, afin de remédier à une lacune du droit civil⁴⁹.

21. Nous avons vu que les règles du régime primaire prévues aux articles 440 à 462 C.c.Q. étaient exclusivement applicables aux époux. Les concubins ne se verraient donc, en principe, imposer aucune obligation réciproque. Cependant, la jurisprudence a dû intervenir pour pallier certaines situations inéquitables. Ainsi, on a jugé à plusieurs reprises que lorsqu'un homme et une femme faisaient vie commune, ils étaient présumés capables de subvenir à leurs besoins⁵⁰. Ces décisions ont fait dire au professeur Héleine que le concubinage créait une obligation de contribuer aux charges du ménage⁵¹. Il nous semble nettement exagéré

48. F. ALT-MAES, *loc. cit.*, note 45, p. 643.

49. Voir *infra*, les paragraphes 53 et ss.

50. *Lajoie c. Therrien*, [1971] C.A. 493; *Michaud c. Bernier*, [1976] C.A. 469; *Droit de la famille* — 333, [1987] R.J.Q. 294 (C.A.); *Droit de la famille* — 473, [1988] R.D.F. 240 (C.S.).

51. François HÉLEINE, « Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit », (1978) 38 *R. du B.* 679, p. 687 et François HÉLEINE, « Nouveaux

d'en arriver à une telle conclusion si l'on rappelle les circonstances ayant donné naissance à ces litiges. En effet, les tribunaux avaient à y évaluer les droits alimentaires d'un conjoint vivant en concubinage à l'égard de son ex-époux ainsi que l'obligation de cet ex-époux de verser ou non une pension alimentaire. Il s'agissait donc uniquement de résoudre un conflit avec un tiers, et non pas de décider du droit d'un concubin de réclamer des aliments à son ex-concubin, auquel cas les tribunaux auraient probablement répondu par la négative. Par conséquent, en jugeant des droits d'un créancier alimentaire, les tribunaux ont soit annulé ces droits, ou les ont restreints, en tenant compte des capacités financières du couple concubinaire et de l'équité vis-à-vis le débiteur de la pension. Le juge en chef Tremblay de la Cour d'appel du Québec a d'ailleurs affirmé en 1971 :

Or, en règle générale, dans la société actuelle, quand un homme et une femme entrent en ménage, ils prennent les dispositions requises pour subvenir eux-mêmes aux besoins de ce ménage. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'ils peuvent exercer leur recours alimentaire contre une autre personne et, en particulier, contre un ex-mari.⁵²

22. Cette présomption d'autosuffisance, bien que réfractable, a été confirmée à plusieurs reprises, et plus particulièrement dans l'affaire *Michaud c. Bernier*, où on perçoit une attitude teintée de moralité lorsque le juge Rinfret déclare avec vigueur :

Que des personnes vivent en concubinage, c'est leur affaire; je n'ai pas à les juger; mais qu'elles ne comptent pas sur quelqu'un d'autre, qu'elles prennent les dispositions requises pour subvenir elles-mêmes aux besoins du ménage.⁵³

Il s'agissait en l'espèce d'une femme qui réclamait une pension alimentaire à son ex-mari alors qu'elle vivait en concubinage, et qu'un enfant était issu de cette union. Le cadre factuel incitait donc le tribunal à porter un jugement de valeur sur la situation, avec raison, parce que favoriser le concubin au désavantage de l'époux aurait été tout à fait injuste. Mais avec l'évolution des mœurs et la réforme du *Code civil*, cette position s'est adoucie pour faire place à une objectivité plus grande, tenant compte principalement des besoins et des moyens des intervenants sans juger la forme de leur vie commune. On a réitéré de part et d'autre qu'il existe une présomption de fait à l'effet que, lorsque deux personnes vivent ensemble comme mari et femme, ils sont en état de subvenir à leurs besoins⁵⁴. À l'exception d'une décision⁵⁵, on a jugé que le fait de faire vie

propos autour des conflits entre mariage et concubinage : des solutions réalisant un heureux équilibre entre l'économique et le moral », (1980) 40 R. du B. 463, p. 470.

52. *Lajoie c. Therrien*, *supra*, note 50, p. 494.

53. *Michaud c. Bernier*, *supra*, note 50, p. 472.

54. *Rochefort c. Blanchard*, [1978] C.A. 382.

55. *Droit de la famille — 1019*, [1986] R.D.F. 270 (C.S.).

commune n'était pas déterminant dans la décision de confirmer, restreindre ou annuler la pension alimentaire réclamée par une concubine à son ex-époux⁵⁶. Il s'agissait plutôt de prendre en considération les besoins et moyens de chacun, ainsi que l'impact du concubinage sur les besoins du créancier alimentaire pour déterminer le montant des aliments à accorder⁵⁷. À souligner également l'attitude des tribunaux de common law, qui ont affirmé que selon la *Loi sur le divorce*, le droit à une pension alimentaire dépendait des besoins de l'ex-épouse, et le fait de vivre en concubinage constituait un facteur qui pouvait affecter ce besoin⁵⁸.

23. Dans toutes ces décisions, on a affirmé le caractère exceptionnel des droits alimentaires d'un individu vivant en concubinage à l'égard d'un ex-époux. Selon le professeur Héleine, en présupposant l'autonomie financière du couple concubinaire, on semble octroyer à l'union de fait des conséquences juridiques tirées du mariage, conséquences qui, tout compte fait, expriment une réalité généralement vécue, et que le tribunal demandera aux concubins de suivre dans la mesure du possible. Il serait en effet anormal qu'une situation exceptionnelle se perpétue au-delà de la nécessité⁵⁹. De là l'opinion de ce même auteur à l'effet que l'obligation alimentaire due par un ex-époux soit subsidiaire à l'obligation d'entretien par le partenaire du créancier alimentaire⁶⁰. Le concubinage est ainsi assimilé au mariage, sinon sur le plan des droits, du moins sur celui des obligations⁶¹. Nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec lui parce que cette assimilation nous apparaît d'ordre discrétionnaire et appelle plus à l'équité qu'à une règle pré-établie. La réforme du droit de la famille n'ayant pas institutionnalisé l'union de fait, le juge a la possibilité de décider selon ses valeurs, et nous voyons là un danger auquel seul le législateur pourrait obvier :

Il faut ensuite [...] constater que des droits et obligations reconnus au concubinage proviennent de règles propres et originales. Il s'agit donc à la fois d'attacher certains droits à l'union libre et de reconnaître que ces droits naissent de dispositions spéciales.⁶²

56. Voir *Droit de la famille* — 464, [1988] R.D.F. 17 (C.S.) dans laquelle les parties avaient établi par consentement, entériné par le jugement conditionnel de divorce, les situations pouvant occasionner la cessation du paiement de la pension alimentaire à la requérante. Aucune référence au remariage ou à l'union libre de la requérante n'était incluse au consentement. Pour cette raison, le juge a refusé de restreindre la pension alimentaire même si la requérante faisait vie commune avec quelqu'un d'autre.

57. *Droit de la famille* — 1000, [1986] R.D.F. 58 (C.S.); *Droit de la famille* — 333, *supra*, note 50; *Droit de la famille* — 1105, [1986] R.D.F. 270 (C.S.).

58. *Horlock c. Horlock*, (1985) 42 R.F.L. 164 (Ont. C.A.).

59. F. HÉLEINE, « Nouveaux propos... », *loc. cit.*, note 51, p. 481.

60. *Id.*, p. 473.

61. F. HÉLEINE, « Les conflits... », *loc. cit.*, note 51, p. 694.

62. F. ALT-MAES, *loc. cit.*, note 45, p. 671.

24. Dans le cadre de la jurisprudence ayant trait à l'octroi d'une rente de « conjoint survivant » en vertu de la *Loi sur le régime des rentes du Québec*⁶³, nous retrouvons également une tendance à assimiler le concubinage au mariage, tendance préconisée par l'ensemble de la législation sociale, mais provoquant ici un conflit avec un mariage antérieur non dissous⁶⁴. Dans ces affaires, il s'agissait de décider lequel des deux (conjoint ou concubin) aurait droit à la rente de conjoint survivant. En principe, c'est le conjoint légitime qui sera le conjoint survivant, mais selon les termes de la loi, on a décidé qu'aucune priorité ne pouvait être reconnue au conjoint légitime pour l'obtention de la rente. Selon la Cour, dans *Bédard c. Commission des Affaires sociales et al.* :

Il peut paraître étonnant qu'un conjoint légitime survivant qui n'a rien à se reprocher soit ainsi privé d'un bénéfice d'une loi sociale au profit d'une personne à laquelle légalement rien ne lie le cotisant défunt. Il s'agit là d'une situation que le législateur a clairement voulue, en l'entourant cependant [...] de conditions qui démontrent son intention [...] d'accorder la rente de conjoint survivant à la personne qui au décès du cotisant était, selon l'expression de la Commission des Affaires sociales [...] le « vrai » conjoint survivant.⁶⁵

25. Les solutions proposées de part et d'autre par la jurisprudence ont en quelque sorte énoncé une ébauche de statut au concubinage au gré de la discrétion des juges, en l'absence de loi. Le législateur a décidé de ne pas la compléter. En guise de remède à cet imbroglio, nous verrons maintenant les voies juridiques gouvernées par le principe de l'autonomie de la volonté ainsi que celles offertes par la jurisprudence au règlement des rapports d'ordre patrimonial entre concubins.

II. LES CONCUBINS DANS LEURS RAPPORTS D'ORDRE PATRIMONIAL

26. Le législateur a choisi de ne pas institutionnaliser l'union de fait, favorisant ainsi le mariage. Cela est justifié et a été souligné plus haut⁶⁶. Le législateur a donc organisé le mariage en imposant certaines règles d'ordre public, le régime primaire⁶⁷ et quelques régimes matrimoniaux⁶⁸, dont un régime légal. Le quasi-silence du législateur sur l'union

63. *Loi sur le régime des rentes du Québec*, *supra*, note 15, art. 91.

64. *Régime des rentes* — 16, [1976] C.A.S. 380; *Bédard c. La Commission des Affaires sociales et al.*, C.S. Montréal, n° 500-05-013915-796, 1^{er} octobre 1980.

65. *Bédard c. La Commission des Affaires sociales du Québec et al.*, *supra*, note 64, p. 14.

66. Voir *supra*, le paragraphe 11.

67. Art. 440 à 462, C.c.Q.

68. Art. 463 à 524 C.c.Q.

de fait a donc pour effet de rendre inapplicables aux concubins toutes les règles régissant le mariage puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux époux. Cependant, des unions de fait se sont formées et pour faire face aux besoins qu'entraîne ce type de relation en hausse de popularité, le droit, forcément, réagit et tente d'apporter des solutions.

A. VOIES CONTRACTUELLES POUR RÉPONDRE À L'ORIGINALITÉ DE LA RELATION

27. Plusieurs façons de répondre à l'originalité de l'union de fait peuvent être envisagées. On peut se demander si la rédaction d'un contrat global par les conjoints de fait est appropriée ou encore, si la conclusion de contrats particuliers ne serait pas plus adéquate.

1. Contrat global

28. Tout d'abord, il importe de rappeler que les concubins sont dans la même situation que toute personne en ce qui concerne les accords qu'ils font entre eux. Depuis l'abrogation de l'article 768 C.c.B.-C., ils jouissent d'une liberté contractuelle complète soumise évidemment aux règles d'ordre public et aux bonnes mœurs⁶⁹. Par ailleurs, l'article 633 C.c.Q. prévoit que les époux et les parents en ligne directe seulement se doivent des aliments. Il n'existe donc aucune obligation alimentaire légale entre concubins. Par contre, vu l'importance des aliments, on peut certainement faire de leur paiement une obligation morale en vertu de l'article 1140 C.c.B.-C.⁷⁰. La jurisprudence est d'ailleurs à cet effet⁷¹. Toutefois, l'obligation morale ou naturelle pose des difficultés. D'une part, on ne peut en forcer l'exécution et d'autre part, ce qui est payé n'est pas sujet à répétition⁷². Rappelons aussi que jusqu'à ce jour, personne n'a poursuivi son concubin pour l'obtention d'une pension alimentaire. Advenant une telle action, nous croyons qu'un concubin ne pourrait en aucun cas y être tenu. En effet, dans *Michaud c. Bernier*⁷³, on dit expressément que le concubin n'a aucune obligation légale de support.

69. Art. 13 et 14 C.c.B.-C. Notamment, les concubins ne pourraient prévoir une donation à cause de mort dans une convention; elle serait nulle en vertu de 557 et 437 C.c.Q.

70. M. GUY, *loc. cit.*, note 30, p. 165.

71. *Michaud c. Bernier*, *supra*, note 50, p. 471.

72. A. LAROCHE, *Les obligations*, T. 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, n° 17, p. 20.

73. *Michaud c. Bernier*, *supra*, note 50, p. 471. Voir *supra*, les paragraphes 21 et ss. pour l'analyse des réclamations de pensions alimentaires impliquant des concubins.

Cependant, comme une obligation morale peut se nover en obligation civile⁷⁴, nous verrons l'intérêt d'établir les droits et obligations des concubins par voie contractuelle.

29. Les concubins peuvent, à tout moment au cours de leur union, s'engager par un contrat afin d'en régler toute la question patrimoniale. La Cour suprême l'a d'ailleurs reconnu⁷⁵. Chacun, selon ses besoins spécifiques, inclura différentes clauses. En guise d'exemple de contrats qui pourraient être conclus entre les concubins, nous utiliserons ceux qui ont été proposés par la Chambre des Notaires⁷⁶.

30. La Chambre des Notaires propose deux types de contrats : l'un de type participatif, où les concubins se partagent en général leurs biens, l'autre de type autonomiste, où chacun reste propriétaire de tous ses effets. En ce qui concerne les types de clauses qui peuvent y être insérées on retrouve, notamment, la contribution aux charges du ménage, l'administration et la disposition des biens, la pension alimentaire et l'indemnité de rupture. Évidemment, la validité d'un tel contrat exige la rencontre des conditions de l'article 984 C.c.B.-C., c'est-à-dire : 1) la capacité de contracter, 2) le consentement, 3) un objet, et 4) une cause ou considération licite. On remarque assez rapidement que ces contrats représentent une copie presque intégrale des différents régimes matrimoniaux. En effet, le contrat de type autonomiste imite la séparation de biens, tandis que celui de type participatif, la communauté de biens.

31. Comme le mentionnait le professeur A. Lareau⁷⁷, il peut être très utile, voire même impératif, de prévoir, notamment, un paiement de soutien au concubin le plus démuné lors de la rupture de l'union de fait, étant donné que le *Code civil du Québec* n'assure aucune protection aux concubins, et aussi parce que l'application de la notion d'enrichissement sans cause aux concubins demeure encore incertaine. M^e Marcel Guy, pour sa part, ne croit pas qu'un concubin puisse être obligé par un tel contrat : « Mais un concubin peut-il valablement s'engager pour l'avenir à verser à son concubin une pension alimentaire [...]. J'en doute sérieusement en l'absence d'une obligation légale »⁷⁸.

32. L'obligation morale devient obligation civile, donc légale lorsqu'on s'engage à la respecter⁷⁹. Dans *Parent c. Côté*⁸⁰, bien qu'il ne

74. A. LAROUCHE, *op. cit.*, note 72, p. 20.

75. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, p. 24.

76. *Les Cahiers*, vol. 8, n° IA, mars 1985, « Le concubinage », nos 77 et suivants. (Publié par la Chambre des Notaires du Québec).

77. A. LAREAU, « Les transferts de biens et les paiements de soutien entre concubins : une analyse des dispositions fiscales », (1983) 24 *C. de D.* 207, p. 219.

78. M. GUY, *loc. cit.*, note 30, p. 165.

79. F. ALT-MAES, *loc. cit.*, note 45, p. 646.

80. *Parent c. Côté*, J.E. 88-59 (C.P.).

s'agissait pas d'une obligation alimentaire, on a condamné un concubin à payer à son ex-concubine la somme de 10 000 \$ en vertu d'un contrat par lequel il s'engageait à payer ce montant à cette dernière advenant le bris de l'union, pour compenser sa perte de revenus. L'ex-concubine avait en effet laissé son travail pour aller vivre avec son ami, dans une autre ville. Selon le juge dans cette affaire, un contrat régissant les conséquences du bris d'une union de fait n'est pas considéré contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

33. On peut par contre s'interroger sur la validité d'une entente réglant à l'avance les rapports d'ordre personnel entre concubins. Selon Françoise Alt-Maes, une clause ayant trait aux rapports personnels ne peut être valablement faite puisqu'il n'existe pas de statut du concubinage ni aucun droit qui puisse permettre le rapprochement de la situation des concubins à celle des époux :

Toute convention qui tend à régler les rapports personnels des concubins doit être annulée, même si l'union libre n'apparaît plus illicite ou immorale. On ne saurait en effet confondre l'existence du concubinage et l'élaboration d'un statut du concubinage.⁸¹

Par ailleurs, les concubins désirant inclure une clause prévoyant le paiement d'une pension alimentaire ou d'une indemnité de rupture à une entente devraient être prudents. En effet, on ne sait pas dans quelle situation économique les concubins se trouveront à la rupture de l'union. Si les parties signent une entente à l'effet que l'un d'eux paiera une somme déterminée à l'autre, il pourrait s'avérer impossible d'en modifier les termes par la suite, sans leur consentement réciproque.

34. Pour sa part, la Chambre des Notaires considère qu'il n'est pas nécessairement opportun de faire un contrat global parce qu'il semble curieux de vouloir à tout prix ramener à l'ordre matrimonial des couples qui ont volontairement choisi de s'en écarter⁸². La Chambre recommande aux notaires de décider eux-mêmes de l'opportunité d'une éventuelle convention entre concubins.

35. En pratique, il est peu probable que beaucoup de concubins décident de se lier par un tel contrat. Cependant, certains concubins trouveront cette solution appropriée et leur liberté de choix devra être respectée. Plutôt que de faire un contrat global, les concubins désirant éviter d'éventuels conflits, pourraient utiliser les différents contrats offerts par le droit civil. Voyons ce qui en résulte.

81. F. ALT-MAES, *loc. cit.*, note 45, p. 668.

82. *Les Cahiers*, *loc. cit.*, note 76, p. 132.

2. Contrats particuliers

36. Comme chaque relation concubinaire revêt un caractère unique, chacune doit être considérée différemment. Sans vouloir leur imposer un contrat global ou particulier, les conjoints de fait, bénéficiant de tous les outils juridiques, telle la copropriété, la société ou encore la liberté de tester, peuvent se donner les moyens de prévenir tout litige éventuel. Nous souhaitons la conclusion de telles ententes pour une protection assurée contre les recours incertains que nous offre le droit civil à ce jour.

37. C'est aux concubins de s'interroger sur la nécessité de conclure ces ententes selon le type de relation envisagée. Dans certains cas, cela s'impose. En l'occurrence, lorsque les concubins décident d'exploiter un commerce ensemble, un contrat de société peut prévoir les droits et obligations de chacun. De même, les associés engagent leur responsabilité envers les tiers pour les dettes de la société. On doit cependant voir si elle en vaut vraiment la peine en rapport avec les coûts qu'elle peut comporter. Avec un tel contrat, les parties verront leurs investissements monétaires ou autres assurés d'une protection certaine.

38. De la même façon, les concubins désirant acquérir une maison ou un autre immeuble, peuvent conclure un contrat de copropriété. Cela peut faciliter de beaucoup la situation à la fin de l'union. Aussi, il est recommandé de spécifier au contrat la part indivise de chacun, sinon le partage se fera moitié-moitié. De plus, comme le suggère la Chambre des Notaires⁸³, les parties pourraient envisager l'inclusion d'une clause à l'effet de mettre la maison en vente dans un délai fixé à compter du départ de l'un d'eux ou encore, inclure une clause de préférence d'achat. On pourrait même prévoir qui habitera la maison durant cette période ainsi qu'un montant à verser à l'autre en guise de compensation pour cet avantage.

39. Le contrat de copropriété est la meilleure protection à prendre lorsque l'on acquiert une résidence. Les faits de la décision *Droit de famille — 351*⁸⁴ nous le confirment. Dans cette affaire, la demanderesse a fourni 1 350 \$ pour faire le déboursé initial sur la résidence. Par la suite, elle n'a jamais acquitté les comptes de taxes, de même que les versements d'hypothèque et autres charges, et elle l'a admis. Cependant, elle avait exigé que son nom apparaisse à l'acte de vente sans que l'on mentionne par ailleurs la part de chacun. Comme les termes du contrat doivent prévaloir, les deux parties demeurent propriétaires indivis. Ici, on n'avait pas conclu un contrat de copropriété et le juge a appliqué les règles de la société civile. Bien que nous soyons en désaccord avec la décision parce que le juge aurait dû conclure à l'existence d'une copropriété, nous

83. *Les Cahiers*, vol. 11, n° 2, 1988, p. 356.

84. *Droit de la famille — 351*, [1987] R.D.F. 166, (C.S.).

utilisons cet exemple pour démontrer les avantages de conclure une telle entente.

40. Aussi, il pourrait être très utile de rédiger un testament pour éviter les règles de succession *ab intestat* favorisant la famille légitime :

L'absence de testament favorise la famille légitime au détriment de la concubine puisque la loi ne reconnaît pas les concubins comme héritiers réciproques. Donc, les legs sont souvent utilisés entre concubins en tant qu'actes par lesquels une personne marque sa volonté de ne pas voir suivre les règles de la succession.⁸⁵

Nous croyons qu'une éducation visant à informer les concubins des possibilités juridiques qui leur sont offertes éviterait grand nombre de conflits. La réalité démontre que très peu de concubins s'engagent par de tels contrats. Il convient alors d'examiner les décisions des tribunaux en l'absence de contrat.

B. LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES EN L'ABSENCE DE CONTRAT

41. Comme le concubinage ne crée aucune obligation de secours et qu'à la fin de l'union les concubins peuvent reprendre leur liberté sans se rendre compte mutuellement, la jurisprudence a donc tenté d'apporter des solutions à l'inéquité ainsi créée. La société tacite et l'enrichissement injustifié sont les deux recours utilisés à cette fin.

1. Société tacite

42. C'est en vertu des articles 1830 et suivants du *Code civil du Bas-Canada* que des concubins peuvent invoquer la société tacite. Il est en effet possible pour des concubins d'être régis par une telle société. Cependant, on ne peut pas dire que cette société existe du seul fait du concubinage :

[...] La cohabitation ne saurait à elle seule engendrer une société ; il faut que, indépendamment de cette cohabitation, les conditions du contrat de société soient remplies en elles-mêmes car l'union libre ne saurait, dans la conception actuelle, avoir d'effets juridiques propres [...].⁸⁶

L'existence de cette société tacite entre concubins résulte de la preuve de trois éléments ou conditions, soit 1) chaque associé doit faire des apports de fonds, 2) les associés partagent les pertes et les profits, et 3) les associés

85. F. ALT-MAES, *loc. cit.*, note 45, p. 668.

86. *Beaudoin-Daigneault c. Richard, supra*, note 75, p. 13.

sont animés de l'*affectio societatis*. Ces trois éléments doivent ressortir du vécu des associés, c'est-à-dire de tous les faits entourant l'affaire⁸⁷.

43. Relativement au premier élément, l'article 1830 C.c.B.-C. prévoit que l'apport peut se faire en fournissant des biens, son crédit, son habileté ou son industrie. Toutefois, l'apport ne pourrait être une simple contribution à la vie commune⁸⁸, tel le fait de fournir des meubles ou d'effectuer les tâches ménagères.

44. Quant au second élément, c'est l'article 1931 C.c.B.-C. qui le prévoit. Entre concubins, l'élément du partage se concrétiserait dans la séparation des dépenses relatives au ménage. Par exemple, dans l'affaire *Beaudoin-Daigneault c. Richard*⁸⁹, les deux parties se partageaient tâches et dépenses en général.

45. Finalement, l'*affectio societatis* constitue l'élément intentionnel de former une telle société. C'est un élément qui est assez difficile à prouver. En première instance, dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, le juge Tôth de la Cour supérieure considère que c'est en signant l'offre d'achat que les parties ont clairement manifesté leur intention d'acquérir ensemble la ferme⁹⁰. En fait, il s'agit de voir dans le comportement des associés s'ils avaient l'intention de fonder une société dans le but de partager les bénéfices et les pertes⁹¹. Ici, la ferme était une entreprise en marge de leurs emplois respectifs, en plus de leur servir d'habitation. Comme en général, dans un couple, on ne recherche pas un profit matériel mais plutôt un soutien moral, le simple fait de faire vie commune ne pourrait servir de fondement à une société⁹². À cet effet, le juge Lamer de la Cour suprême du Canada, dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, apporte un commentaire approprié :

[...] je crois opportun de faire une mise en garde contre le danger de conclure trop facilement à l'existence d'une société tacite dans le but louable, j'en conviens, de réparer l'injustice qui résulte de la situation dans laquelle se trouvent souvent placées les concubines.⁹³

En l'espèce, la situation de fait se prêtait très bien à la conclusion de l'existence d'une société tacite. En effet, les deux concubins travaillaient et partageaient les pertes et bénéfices d'une entreprise qui était en marge de leur emploi respectif. Mais cela n'est pas toujours aussi évident. Même ici, le juge de première instance aurait bien pu décider le contraire et exiger des parties qu'elles aient signé l'acte de vente.

87. *Id.*, p. 15.

88. *Ibid.*

89. *Id.*, pp. 4-6.

90. *Ibid.*

91. *Les Cahiers*, *loc. cit.*, note 76, p. 130.

92. *Id.*, p. 129.

93. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 75, p. 17.

46. Dans *Droit de famille* — 359, on a refusé l'action *pro socio* au motif qu'il ne s'agissait pas d'une entreprise que les concubins avaient montée progressivement⁹⁴. De même, dans *Gardner c. Cashman*⁹⁵, on a rejeté l'action pour faire reconnaître une société tacite en ce qui concerne une résidence. Le fait que la concubine ait contribué à la construction n'a pas été retenu comme apport, puisque toute la famille y avait participé afin d'économiser. De plus, la preuve démontrait que l'immeuble, les matériaux et la main-d'œuvre requis pour la construction avait été payés par le défendeur. On a aussi tenu compte du fait qu'à la suite de la rupture, le défendeur avait permis à la demanderesse de prendre quelques effets mobiliers.

47. Dans l'affaire *Gardner*, le juge a prétendu que de tels gestes ne pouvaient être interprétés comme la reconnaissance d'une société. En l'espèce le concubinage avait duré 27 ans. Le juge a reconnu que la situation était regrettable: « La loi ne permet pas au Tribunal d'intervenir dans le présent cas pour obliger le défendeur à apporter à la demanderesse une aide que la moralité obligerait »⁹⁶.

48. La société tacite offre de grands avantages aux concubins, mais la preuve en est assez difficile. En effet, prouver l'*affectio societatis* n'est pas facile à faire puisqu'en général, une relation affective ne vise pas un profit économique. C'est donc une question de fait qui est soumise à l'appréciation du juge. On pourrait, après de longues années de vie commune et de travail, se voir refuser ce recours, ayant été sans cesse de bonne foi. Par ailleurs, ce recours demeure ouvert, surtout pour les concubins qui gèrent des affaires ensemble. On ne pourrait pas invoquer une société tacite pour faire le partage des meubles ou de la résidence⁹⁷, ce qui restreint beaucoup l'application du recours.

49. Un gain de cause à l'action *pro socio* donne droit au partage pour la moitié des biens de la société en vertu de l'article 1848 C.c.B.-C., et c'est la valeur des biens au moment du partage qui sera retenue. De plus, selon l'article 1851 C.c.B.-C., les concubins seront solidaires pour les dettes contractées en faveur de la société. Bien que ce recours puisse dans certains cas apporter les redressements désirés, son application demeure en fait très restreinte et ne s'applique somme toute que dans quelques cas isolés et spécifiques, lorsqu'une relation d'affaires existe entre les concubins. Autrement dit, il ne permet pas de régler toutes les injustices. Cela nous amène à traiter d'une autre solution développée par la jurisprudence.

94. *Droit de la famille* — 359 [1987] R.D.F. 156 (C.S.), p. 162.

95. *Gardner c. Cashman*, [1982] C.S. 957.

96. *Id.*, p. 960.

97. Le juge Lamer de la Cour suprême du Canada dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 75.

2. Enrichissement sans cause

50. L'enrichissement sans cause⁹⁸ est un autre moyen souvent invoqué pour tenter de rétablir l'équilibre économique entre les concubins. Toutefois, ce recours n'est pas sans obstacle. Le principal résulte du fait que l'enrichissement ne doit pas avoir de cause⁹⁹. On a en effet considéré que l'espoir d'une vie meilleure constituait une cause ou justification à l'appauvrissement ou à l'enrichissement :

[...] le concubinage de madame Daigneault avec Richard avait comme cause juridique l'espoir d'une récompense ou d'un avantage d'une vie meilleure que celle qu'elle avait connue, espoir qui devenait une cause juridique à son appauvrissement, à ses prestations, et constitue un obstacle à son action *de in rem verso*.¹⁰⁰

En vertu de cette décision, nous croyons que l'espérance d'un mariage ou d'une vie commune durable pourrait aussi s'avérer une cause à l'enrichissement. En pratique, c'est souvent l'aide apportée dans le cadre de rapports de travail qui se voit indemnisée et l'on évitera de rembourser ce qui a été fourni volontairement et de façon détachée pendant la vie commune. Ainsi, on a accordé l'enrichissement injustifié pour des sommes utilisées afin de donner une plus-value à une maison et pour le travail fourni comme gardienne d'enfants, autres que ceux de la concubine¹⁰¹. Par contre, en appel¹⁰², le montant accordé fut diminué, la cour ayant considéré qu'il n'y avait pas lieu à répétition pour les montants qui avaient volontairement été versés de même que pour la garde des enfants du concubin. Donc, seules les sommes ayant servi à la réparation de la maison furent remboursées. On comprend que le recours en enrichissement injustifié demeure très restreint.

51. Il convient maintenant de mentionner une récente évolution dans la jurisprudence. De plus en plus, les tribunaux rendent des jugements imprégnés d'équité lorsqu'ils font face à un concubin démuné et ont tendance à élargir l'application du recours en enrichissement sans cause. Il faut ici souligner la dissidence du juge Paré dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard* en Cour d'appel¹⁰³. Pour lui, contrairement à la majorité, il n'y a pas eu d'intention de libéralité de la part de madame Daigneault, car elle croyait qu'elle retirerait tôt ou tard les avantages de ses investissements : « La possibilité d'un avantage futur et l'espoir qui

98. Pour le Québec, l'arrêt *Compagnie immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67 est l'arrêt de principe concernant l'application de cette doctrine.

99. Au sens de l'article 984 C.c.B.-C.

100. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1982] C.A. 66, p. 79.

101. *Beudet c. Riel*, J.E. 81-786, (C.S.).

102. *Beudet c. Riel*, C.A. Montréal, 16 mai 1986.

103. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 100, p. 72.

en résulte est donc ce qui distingue en l'espèce le geste de l'intimée de la simple libéralité »¹⁰⁴. Aussi, dans *Droit de la Famille — 1083*¹⁰⁵, bien que l'on n'ait pas accueilli l'action en enrichissement sans cause, faute de preuve, la Cour aurait été prête à accueillir l'action, ce qui constitue une solution contraire à la décision en appel dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault*¹⁰⁶. En effet, la Cour s'est exprimée ainsi :

Le Tribunal doit considérer l'équité d'une situation démontrant un appauvrissement chez le créancier et un enrichissement corrélatif chez le défendeur. L'accent n'est pas sur l'enrichissement sans cause, mais sur l'appauvrissement indu et le redressement d'une injustice, le cas échéant. Même la règle de la subsidiarité devient relative dans l'appréciation de l'équité du résultat.¹⁰⁷

De même, en ce qui concerne « l'absence de justification », le juge, dans *Droit de la Famille — 359*¹⁰⁸, mentionne que l'on doit tenir compte de la notion d'équité. La Cour considère que le principe *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui* « doit être encore plus vrai entre concubins ». Le juge ajoute :

Nous croyons que le concubinage ne sert pas de cause à l'enrichissement mais de justification à un redressement si la durée est importante, ce qui est un critère primordial.¹⁰⁹

52. Tout d'abord, une remarque s'impose. Tenir compte de la durée du concubinage comme le juge le fait ici peut mener à des injustices vu le caractère arbitraire d'un tel critère. Par ailleurs, comme nous l'avons mentionné plus haut, lorsqu'on rend des services sans espoir de retour, on ne peut avoir droit à l'action *de in rem verso*. Et puisqu'il est de l'essence même des « relations familiales » (incluant ici la relation concubinaire) de donner dans un but de gratuité, il s'avère effectivement difficile de demander à être indemnisé au moment où les rapports s'enveniment. Il est vrai qu'il y a des cas où une personne agit en vertu d'une promesse implicite ou explicite de récompense et avec l'intention de réclamer. Dans ce cas, cette personne a droit d'être indemnisée, et l'action *de in rem verso* est appropriée pour ce faire.

53. On voit que ce recours de droit civil ne peut pas régler toutes les situations dites « d'injustice » envers les concubins. Ainsi, vu l'impossibilité d'éviter ces situations d'inéquité en droit civil, les tribunaux se tournent vers la common law qui assure aux concubins une plus grande protection. Cela est peut-être légitime, mais peut créer une impasse

104. *Ibid.*

105. *Droit de la famille — 1083*, [1987] R.D.F. 87, (C.S.).

106. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, *supra*, note 100.

107. *Droit de la famille — 1083*, *supra*, note 105, p. 89.

108. *Droit de la famille — 359*, *supra*, note 94, p. 164.

109. *Ibid.*

juridique. Nous sommes en présence de systèmes différents et c'est pourquoi on doit éviter d'emprunter aveuglément les règles de la common law pour corriger les lacunes du droit civil :

The history of the treatment of cohabitantes by both legal systems has reflected very well the difference between a rights-based system (the civil law) and a remedy-based system (the common law). The latter did not have too much difficulty extending existing remedies to non-marital unions when social mores had evolved to the point where such solutions were seen as desirable. A rights-based system, on the other hand, tries to identify the type of right being dealt with and then to tailor remedies to fit the situation. ¹¹⁰

54. C'est l'arrêt *Sorochan c. Sorochan* ¹¹¹ qui a établi la fiducie virtuelle dans les provinces de common law mais en prenant bien soin de mentionner spécifiquement que la décision de la Cour d'appel dans *Beaudoin-Daigneault c. Richard* établissait les principes applicables au Québec ¹¹². Il est vrai que le concept de fiducie par interprétation est voisin de notre doctrine d'enrichissement injustifié. Il repose d'ailleurs sur le même principe, mais au Québec, il est interprété plus restrictivement. Entre autres, l'élément essentiel de subsidiarité n'existe pas en common law. Nous retrouvons un exemple de l'application de la common law dans une récente décision de la Cour supérieure. En effet, dans *Droit de la famille — 484* ¹¹³, le juge s'appuie principalement sur l'arrêt *Sorochan* et sur la dissidence du juge Paré, en appel dans *Beaudoin-Daigneault*, pour accueillir l'action *de in rem verso* :

Nous sommes ici dans un cas où la conscience judiciaire serait heurtée si nous ne remédiions pas à la situation. Nous n'hésitons pas à employer cette voie plus élargie que commencent à nous montrer les décisions de nos tribunaux supérieurs. ¹¹⁴

Cependant, nous croyons qu'à ce jour, nos tribunaux supérieurs ne sont pas allés aussi loin dans leurs prétentions. En effet, dans *Sorochan*, la Cour suprême a plutôt limité le droit applicable au Québec à la décision de la Cour d'appel, dans *Beaudoin-Daigneault*. Cet arrêt ne favorisant pas un élargissement des principes de l'enrichissement sans cause que l'on retrouve en common law ¹¹⁵.

55. Certains auteurs ont suggéré une approche similaire à celle de la common law ¹¹⁶. Ils souhaitent voir une application plus large du

110. Philip GIRARD, « Concubines and Cohabitantes : a comparative look at "living-together" », (1983) 28 *McGill L.J.* 977, p. 1009.

111. *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38.

112. *Id.*, pp. 43-44.

113. *Droit de la famille — 484*, [1988] R.D.F. 213 (C.S.) p. 215.

114. *Ibid.*

115. Voir note 112.

116. A. COSSETTE, *loc. cit.*, note 24; P. GIRARD, *loc. cit.*, note 110.

recours en ce qui concerne les concubins. Peut-être verra-t-on le droit québécois évoluer en ce sens? Quoi qu'il en soit, dans l'état du droit actuel, les concubins ne peuvent demander un traitement de faveur, ils doivent être considérés comme tout autre sujet de droit. Sinon, ce serait aller à l'encontre de notre système civiliste de peur de créer des injustices. On doit donc attendre de voir comment la Cour suprême du Canada se prononcera lorsqu'elle jugera d'une affaire québécoise. Peut-être élargira-t-on ce recours, seul l'avenir le dira!

56. Une chose est cependant certaine, présentement, le recours à l'enrichissement injustifié n'est probablement pas le moyen le plus sûr pour un concubin de voir sa situation patrimoniale se redresser. D'autant plus que l'appauvri ne recouvrera jamais plus que la moindre des sommes de l'enrichissement ou de l'appauvrissement, ce qui est beaucoup moins avantageux que ce que la société tacite lui offre, c'est-à-dire le partage des biens de la société. De plus, si les magistrats réfèrent sans cesse à la common law pour résoudre les différends, c'est qu'un malaise existe et que l'on doit réagir.

57. Il importe maintenant de faire part des conclusions de notre recherche et de notre réflexion.

CONCLUSION

58. L'étude de l'état du droit québécois à l'égard de l'union de fait nous démontre que le phénomène force le droit sinon à agir, du moins à réagir. Nous avons constaté les nombreuses contradictions de la législation sociale ainsi que l'incapacité de la jurisprudence à pallier aux lacunes du droit positif. Nous ne pouvons prétendre avoir trouvé la façon idéale d'encadrer l'union de fait. Cependant, nous croyons qu'une uniformisation des critères retenus dans les lois sociales est souhaitable. Par exemple, un critère basé sur la naissance d'au moins un enfant issu du couple éviterait de sombrer dans l'arbitraire¹¹⁷. Par ailleurs, une plus grande publicité doit être faite quant aux diverses possibilités de contrats entre concubins. En effet, les différents types de contrats constituent une excellente protection pour les conjoints de fait en plus de respecter leur liberté de choix. D'ailleurs, la dernière alternative est peut-être préférable à l'intervention du législateur pour l'établissement de règles propres au concubinage. En légiférant sur l'union de fait, le législateur risque d'en faire un mariage de deuxième zone où certains couples tenteront d'éviter de toute manière l'ordre établi. Quoi qu'il en soit, la solution parfaite est difficile à trouver et c'est à la société de s'interroger sur le choix qu'elle veut exercer!

117. Suzanne P. BOIVIN, *loc. cit.*, note 4, p. 195.