

Les Cahiers de droit



L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law en droit mixte du Québec Unjust Enrichment, De Facto Unions and Borrowing from the Common Law in the Mixed Jurisdiction of Québec El enriquecimiento injustificado, la unión de hecho y el préstamo del common law en derecho mixto quebequense

Robert Leckey

Volume 59, numéro 3, septembre 2018

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1052478ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1052478ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Leckey, R. (2018). L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law en droit mixte du Québec. *Les Cahiers de droit*, 59(3), 585–615.
<https://doi.org/10.7202/1052478ar>

Résumé de l'article

Le présent texte examine la réceptivité du système de droit mixte québécois à l'égard de l'emprunt à la common law et le pouvoir des tribunaux de première instance de faire évoluer le droit. L'auteur étudie le cas de l'enrichissement injustifié en matière d'union de fait. Invités à s'inspirer de l'affaire de common law *Kerr c. Baranow* traitée par la Cour suprême du Canada, les juges en soulignent les origines étrangères, prennent acte du fait que la Cour d'appel en a déclaré les principes applicables et se taisent parfois sur leur provenance. La notion de la complétude du droit civil, selon laquelle il n'y a pas lieu de se référer aux sources de common law, ne s'est pas entièrement imposée. Toutefois, les traces de l'origine étrangère de l'emprunt s'estompent rapidement. Ce processus d'intégration de l'emprunt donne l'apparence d'un événement ponctuel plutôt que d'un processus d'échange constant entre le droit civil et d'autres traditions.

L'enrichissement injustifié, l'union de fait et l'emprunt à la common law en droit mixte du Québec

Robert LECKEY*

Le présent texte examine la réceptivité du système de droit mixte québécois à l'égard de l'emprunt à la common law et le pouvoir des tribunaux de première instance de faire évoluer le droit. L'auteur étudie le cas de l'enrichissement injustifié en matière d'union de fait. Invités à s'inspirer de l'affaire de common law Kerr c. Baranow traitée par la Cour suprême du Canada, les juges en soulignent les origines étrangères, prennent acte du fait que la Cour d'appel en a déclaré les principes applicables et se taisent parfois sur leur provenance. La notion de la complétude du droit civil, selon laquelle il n'y a pas lieu de se référer aux sources de common law, ne s'est pas entièrement imposée. Toutefois, les traces de l'origine étrangère de l'emprunt s'estompent rapidement. Ce processus d'intégration de l'emprunt donne l'apparence d'un événement ponctuel plutôt que d'un processus d'échange constant entre le droit civil et d'autres traditions.

* Doyen et titulaire de la Chaire Samuel Gale, Faculté de droit, Université McGill. La recherche à l'origine du présent article a été financée par le Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) du Canada. L'auteur aimerait souligner l'excellente contribution de son assistante Mélisande Charbonneau-Gravel. Pour leurs précieux commentaires sur des versions antérieures du présent texte, l'auteur est redevable à Geneviève Cartier, Mélisande Charbonneau-Gravel, Michelle Cumyn, Marc-Antoine Gervais, Pierre-Gabriel Jobin, Daniel Jutras, Jennifer Rogers, Laurence Saint-Pierre Harvey et Régine Tremblay.

Unjust Enrichment, De Facto Unions and Borrowing from the Common Law in the Mixed Jurisdiction of Québec

How open is the mixed jurisdiction of Quebec towards ideas from the common law, and what is trial judges' scope for developing the law? Unjust enrichment in the cohabitation context serves as a case study. Encountering the approach in the Supreme Court of Canada's common-law judgment Kerr v. Baranow, judges have emphasized its foreignness, noted that the Court of Appeal declared its principles applicable, and sometimes made no mention of its source. The idea of the civil law's completeness or autonomy—under which reference to the common law has no place—has not wholly prevailed. Nevertheless, signs of the transplant's origins fade quickly. This process of integration looks like an occasional occurrence, rather than an ongoing exchange between legal traditions.

El enriquecimiento injustificado, la unión de hecho y el préstamo del common law en derecho mixto quebequense

Este texto examina la receptividad del sistema de derecho mixto quebequense se que ha sustentado del common law, y del poder que tienen los tribunales de primera instancia para que el derecho evolucione. El texto estudia el caso del enriquecimiento injustificado en materia de unión de hecho. Exhortados para inspirarse del caso de common law de Kerr contra Baranow, el cual fue pronunciado por la Corte Suprema de Canadá, los jueces han hecho hincapié en fuentes extranjeras, han considerado el hecho que la Corte de Apelaciones haya declarado los principios aplicables, y algunas veces, han guardado silencio sobre su proveniencia. La noción de cabalidad del derecho civil, según la cual no procede referirse a las fuentes del common law no se ha impuesto en totalidad. No obstante, los indicios de origen extranjero que se han tomado, se desvanecen rápidamente. Este proceso de integración del préstamo tiene la apariencia de ser un evento puntual, más que el de un proceso de intercambio constante que se realiza entre el derecho civil y otras tradiciones.

	<i>Pages</i>
1 L'approche privilégiée et les points de départ	589
1.1 La démarche méthodologique	590
1.2 Les idées directrices.....	592
1.3 Le droit relatif aux conjoints de fait	598
2 Quelques pratiques judiciaires à l'égard de l'Autre	601
2.1 L'accent mis sur les origines de common law	601
2.2 L'autorisation d'emprunter les principes de l'arrêt <i>Kerr c. Baranow</i>	602
2.3 L'intégration en droit civil	604
2.4 L'effacement des origines.....	607
3 La «civilisation» de l'emprunt ponctuel	609
Conclusion	614

Quelle est l'ouverture du droit civil québécois à l'égard des idées de la common law ? La question englobe au moins trois éléments : la réceptivité du droit québécois relativement à l'emprunt à une tradition voisine, le pouvoir des tribunaux de faire évoluer le droit et la démarche méthodologique sur le plan judiciaire quant à la reconnaissance des sources. Ce dernier élément soulève une interrogation subsidiaire, à savoir par quels moyens et avec quelle rapidité les marqueurs associés aux origines étrangères d'un emprunt juridique s'estompent-ils pour conférer à ce dernier une nouvelle identité au sein de la tradition d'accueil ? Nous nous pencherons sur ces questions à partir du cas de l'enrichissement injustifié en matière d'union de fait.

Plus précisément, nous étudierons l'usage qu'ont fait les juges québécois de première instance des solutions élaborées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kerr c. Baranow*, qui traite deux appels relevant des provinces de common law¹. Comme elle l'a fait dans d'autres décisions issues des provinces de common law, la Cour suprême y préconise une approche souple et libérale relativement à l'enrichissement injustifié dans le contexte de l'union de fait. L'arrêt *Kerr* établit notamment que, lorsqu'un conjoint de fait conserve une part « disproportionnée » des biens provenant d'une « coentreprise familiale », la réparation pécuniaire due à l'autre

1. *Kerr c. Baranow*, [2011] 1 R.C.S. 269, 2011 CSC 10 (ci-après «arrêt *Kerr*») (l'autre appel est l'affaire *Vanasse c. Seguin*).

conjoint peut se calculer selon la méthode dite de la valeur accumulée². Cette méthode permet de déterminer le montant de valorisation d'un bien ou d'un patrimoine, selon le cas. Elle s'oppose à celle de la valeur reçue, qui indique—non sans difficulté—la valeur des services fournis par le demandeur au défendeur³. Une compensation calculée d'après la valeur accumulée risque d'excéder le seuil maximal que prévoit le *Code civil du Québec* : celui-ci limite la compensation au moindre des deux montants entre l'enrichissement du débiteur et l'appauvrissement du créancier⁴. La méthode de la valeur accumulée semble, par ailleurs, être une version dématérialisée de la fiducie par interprétation de la common law (*constructive trust*). Ce mécanisme reconnaît l'intérêt du demandeur quant à un bien dont le défendeur possède le titre en common law—et lui donne conséquemment la chance de profiter de sa plus-value. En revanche, en droit civil, l'enrichissement injustifié relève du droit des obligations et ne peut produire un droit réel. L'approche basée sur la valeur accumulée paraît donc doublement étrangère au droit civil, par sa générosité potentielle envers le demandeur et par l'écho d'un concept apparemment unique à la common law⁵.

2. Dans l'arrêt *Kerr*, la Cour suprême aborde plusieurs questions qui ne sont pas pertinentes par rapport à notre étude. Par exemple, elle précise que les avantages réciproques conférés par les conjoints de fait sont examinés aux stades de la défense ou de la réparation. Voir : Mitchell McINNES, « A Return to First Principles in Unjust Enrichment: *Kerr v. Baranow* », (2011) 51 *Can. Bus. L.J.* 275 ; Robert LECKEY, « Developments in Family Law: The 2010-2012 Terms », (2012) 59 *S.C.L.R.* (2d) 193 ; Berend HOVIUS, « Property Disputes between Common-Law Partners: The Supreme Court of Canada's Decisions in *Vanasse v. Seguin* and *Kerr v. Baranow* », (2011) 30 *Can. Fam. L.Q.* 129.
3. Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, n° 383, p. 576-579. Voir l'affaire *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, 998 et 999, 1025 et 1026 (ci-après « arrêt *Peter* »).
4. *Code civil du Québec*, art. 1493. Voir : Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., par Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 556, p. 648 et 649 ; Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 2012, n° 1418, p. 757 ; voir aussi : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 275, p. 490.
5. La circulation des idées entre la common law et le droit civil en matière d'enrichissement injustifié n'emprunte pas une voie à sens unique. Selon une lecture possible, dans l'arrêt *Kerr*, la Cour suprême a adopté la formulation civiliste concernant l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement, abordée dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25. Voir M. McINNES, préc., note 2. D'ailleurs, le développement de l'enrichissement injustifié par le juge Beetz dans le contexte de droit civil (*Cie Immobilière Viger c. L. Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67) semble avoir influencé l'articulation qu'en a fait le juge Dickson dans son jugement phare de la common law : *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834 (ci-après « arrêt *Pettkus* »). Voir Robert J. SHARPE

Nous décrirons d'abord notre approche méthodologique et théorique ainsi que la situation juridique de l'union de fait (partie 1). Ensuite, nous relaterons le traitement réservé aux principes de l'arrêt *Kerr* par les juges de première instance (partie 2). Enfin, plusieurs observations se dégageront de l'analyse des pratiques judiciaires exposées précédemment (partie 3). Bien qu'une théorie voulant que le droit civil soit complet et autonome n'y fasse pas obstacle, les juges québécois semblent plus à l'aise d'emprunter à la common law dès lors que la Cour d'appel a autorisé cette pratique. Il en ressort également que, quelle que soit l'intention judiciaire, les traces des origines étrangères des emprunts disparaissent rapidement. Ce phénomène témoigne de la réceptivité du droit civil, mais rend paradoxalement les emprunts à la common law moins visibles et donc peu aptes à inspirer les acteurs juridiques en quête de nouvelles solutions.

1 L'approche privilégiée et les points de départ

Le déclin du mariage et la montée des unions de fait figurent parmi les changements démographiques les plus importants des dernières décennies⁶. Durant cette période, la législation québécoise concernant l'union de fait est restée plutôt immobile, nonobstant plusieurs litiges et de nombreux débats publics. La Cour suprême, quant à elle, a modifié la common law afin de mieux tenir compte des couples non mariés⁷. Nous croyons donc pertinent de mettre en évidence la manière dont les juges québécois utilisent ces modifications afin d'adapter le droit civil aux situations familiales qui se présentent à eux. En ce sens, nous exposerons notre démarche méthodologique, qui donne une place privilégiée aux décisions de première instance (1.1). Nous présenterons également quelques idées sur lesquelles reposera notre enquête (1.2). Finalement, nous tracerons le portrait de la situation des conjoints de fait en droit québécois, au regard tant de la loi que de la jurisprudence (1.3).

et Kent ROACH, *Brian Dickson. A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 189. La circulation des idées du droit civil vers la common law se poursuit à travers le concept de bonne foi en matière contractuelle. Voir : *Bhasin c. Hrynew*, [2014] 3 R.C.S. 494, 2014 CSC 71, où la Cour suprême mentionne l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 ; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122. Voir aussi Rosalie JUKIER, « Canada's Legal Traditions : Sources of Unification, Diversification or Inspiration ? », *Journal of Civil Law Studies* [à paraître].

6. Céline LE BOURDAIS et Évelyne LAPIERRE-ADAMCYK, « Portrait des familles québécoises à l'horizon 2020. Esquisse des grandes tendances démographiques », dans Gilles PRONOVOST, Chantale DUMONT et Isabelle BITAUDEAU (dir.), *La famille à l'horizon 2020*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2008, p. 71, à la page 80.

7. Arrêt *Pettkus*, préc., note 5 ; *Sorochan c. Sorochan*, [1986] 2 R.C.S. 38 ; arrêt *Peter*, préc., note 3 ; arrêt *Kerr*, préc., note 1.

1.1 La démarche méthodologique

Nous avons constitué un corpus de 62 décisions judiciaires à l'aide des moteurs de recherche SOQUIJ, CAIJ et La Référence. Sont inclus dans notre étude tous les jugements qui renvoient à l'arrêt *Kerr* dans un contexte familial. Ainsi, le corpus regroupe les décisions des tribunaux québécois publiées depuis la sortie de cet arrêt le 18 février 2011 jusqu'au 10 mai 2017. Initialement, il était constitué de 53 décisions. Cependant, lors de l'analyse préliminaire, nous avons constaté la pertinence pour notre enquête de l'affaire *Droit de la famille—132495*⁸, jugement rendu par la Cour d'appel du Québec le 18 septembre 2013. Cette décision incorpore certains éléments de l'arrêt *Kerr* et elle revient dans plusieurs jugements de première instance. Nous avons donc élargi notre corpus afin d'y inclure toutes les décisions rendues avant le 10 mai 2017 qui la mentionnent. Ainsi, nous y avons ajouté 9 décisions, puisqu'elles abordent le jugement de la Cour d'appel sans mentionner l'arrêt *Kerr*, pratique à propos de laquelle nous reviendrons.

Quelles questions ces jugements soulèvent-ils ? La grande majorité des décisions étudiées (c'est-à-dire 58 d'entre elles) concerne l'enrichissement injustifié réclamé entre conjoints de fait. Par exemple, 3 décisions ont été rendues dans le contexte d'une demande en divorce au cours de laquelle une réclamation en enrichissement injustifié porte sur la vie commune avant le mariage, tandis que 4 décisions relèvent exclusivement du divorce, où les principes relativement à l'enrichissement injustifié sont abordés dans une réclamation de prestation compensatoire⁹. Compte tenu de la vaste majorité de différends familiaux qui se règlent à l'amiable et de la brièveté de la période étudiée, les jugements nous paraissent relativement nombreux. Cela confirme que le contexte de l'union de fait constitue «une véritable pépinière» de demandes en enrichissement injustifié¹⁰.

Notre texte présente une «observation factuelle¹¹» et détaillée¹² du traitement que réservent les juges québécois aux idées provenant de la common law. En répertoriant la présence de l'arrêt *Kerr* et de l'affaire *Droit de la famille—132495* dans la jurisprudence, nous entreprendrons une étude de l'*intertextualité*, soit «une relation de coprésence entre deux

8. Affaire *Droit de la famille—132495*, [2013] R.J.Q. 1527, 2013 QCCA 1586.

9. Art. 427 C.c.Q.

10. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 4, n° 1406.1, p. 749.

11. Pierre-Gabriel JOBIN, «L'influence de la doctrine française sur le droit civil québécois. Le rapprochement et l'éloignement de deux continents», (1992) 44 *R.I.D.C.* 381, 382.

12. Deeb Hadi NICHOLAS, «Liberal Jurisprudence and the Literal Grammar of Marriage Equalit(y)(ies)», (2017) 13 *Law, Culture and the Humanities* 261, 262 («granular empirical perspective»).

ou plusieurs textes, [...] le plus souvent, par la présence effective d'un texte dans un autre¹³». Il est possible que d'autres décisions se soient inspirées de l'arrêt *Kerr* ou de l'affaire *Droit de la famille—132495* sans les reconnaître comme source. Toutefois, par souci de rigueur, nous nous abstenons d'aborder cet aspect de la question. Tandis que d'autres se sont intéressés au mouvement des idées entre la common law et le droit civil au sein de la Cour suprême¹⁴, nous nous pencherons principalement sur le cas des magistrats de première instance. Nous présenterons l'usage que font les juges de leurs sources et certains propos qu'ils tiennent à leur égard. Certes, la parole des juges ne garantit pas un accès direct et fiable à leurs véritables pensées. Tout au plus, elle révèle la conception judiciaire du discours approprié selon le contexte et le lectorat¹⁵. L'accent sera mis sur les jugements, auxquels nous ajouterons quelques références aux codes civils annotés, compte tenu de leur influence probable sur la compréhension du droit par les juristes au quotidien.

Deux mises en garde s'imposent par rapport à notre analyse. D'abord, la reconnaissance des sources est tributaire des plaidoiries écrites que rédigent les avocats pour les juges. Une recherche plus exhaustive nous aurait permis de comparer le traitement des sources de droit dans les mémoires avec celui que leur réserve la magistrature. Les tendances judiciaires que nous dépeindrons peuvent donc provenir en partie des avocats. Ensuite, nous ne présumons pas que chaque pratique répertoriée est réfléchie. La charge de travail des juges se révèle écrasante et leurs jugements sont parfois rédigés rapidement. Par conséquent, le traitement des sources peut relever moins de l'intention que de l'habitude¹⁶. Il n'en demeure pas moins que les jugements sont des textes constitutifs de la culture juridique et qu'ils commandent ainsi notre attention. Il convient

13. Gérard GENETTE, *Palimpsestes: la littérature au second degré*, Paris, Seuil, 1982, p. 8; voir aussi Sylvio NORMAND, «Quelques observations sur la poétique de la doctrine», (2017) 58 *C. de D.* 425, 430-437.

14. Voir par exemple: H. Patrick GLENN, «Le droit comparé et la Cour suprême du Canada», dans Ernest CAPARROS et autres (dir.), *Mélanges Louis-Philippe Pigeon*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p. 197; H. Patrick GLENN, «La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil», (2001) 80 *R. du B. can.* 151; Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, «L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada», (2006) 47 *C. de D.* 179.

15. Lawrence BAUM, *Judges and their Audiences. A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

16. Pierre BOURDIEU, *Le sens pratique*, Paris, Éditions de Minuit, 1980, p. 91, dit de l'*habitus* que celui-ci «produit des pratiques, individuelles et collectives, donc de l'histoire, conformément aux schèmes engendrés par l'histoire» et, «plus sûrement que toutes les règles formelles et toutes les normes explicites», il «garanti[t] la conformité des pratiques et leur constance à travers le temps».

maintenant de mettre en évidence quelques pistes théoriques qui encadreront notre démarche.

1.2 Les idées directrices

Notre enquête s'appuie, en arrière-plan, sur une importante littérature de droit comparé qui qualifie le Québec de système de droit mixte¹⁷. Dans son sens classique, cette appellation signifie qu'un système juridique s'est ajouté à celui qui était en place à un certain endroit. Les systèmes de droit mixte sont généralement d'anciennes colonies de droit civil—souvent développées par l'Espagne ou la France—qui passent ensuite aux mains des Anglais et où la common law s'est imposée dans certains domaines¹⁸. Parfois, comme au Québec, les droits coutumiers autochtones subsistent malgré les tentatives violentes des pouvoirs coloniaux successifs d'imposer leur droit. L'intérêt pour les systèmes de droit mixte n'est ni une théorie ni une démarche méthodologique. Il invite cependant à être attentif aux sources diverses des idées juridiques et à leur résonance dans différents contextes institutionnels. Comme le note le professeur Michel Morin, «la mixité des sources rend visibles des processus qui ont également eu lieu dans des traditions considérées comme plus homogènes¹⁹».

Quel est le degré de réceptivité du droit civil à l'égard de la common law ? Nous prenons comme point de départ la discussion éclairante du professeur Daniel Jutras au sujet de «la complétude» du droit civil québécois. Par l'étude des pratiques judiciaires qui ont émergé depuis l'entrée en vigueur du Code civil, il propose que «[l]'idée que la référence aux sources de common law est désormais soit inutile, soit déplacée, est en voie de

-
17. Voir par exemple : H. Patrick GLENN, «Quebec: Mixité and Monism», dans Esin ÖRÜCÜ, Elspeth ATTWOOLL et Sean COYLE (dir.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 1 ; Vernon Valentine PALMER, «Quebec and Her Sisters in the Third Legal Family», (2009) 54 *R.D. McGill* 321 ; Michael MCAULEY, «Quebec», dans Vernon Valentine PALMER (dir.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 354. Pour un traitement de la notion de droit mixte qui est particulièrement sensible à la «précarité de la tradition civiliste au Québec», voir Maurice TANCELIN, «Comment un droit peut-il être mixte?», dans Frederick Parker WALTON (dir.), *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas-Canada*, Toronto, Butterworths, 1980, p. 1, à la page 28.
 18. Kenneth G.C. REID, «The Idea of Mixed Legal Systems», (2003) 78 *Tul. L. Rev.* 5, 7, parle des «products of failed colonialism».
 19. Michel MORIN, «Dualisme, mixité et métissage juridique : Québec, Hong Kong, Macao, Afrique du Sud et Israël», (2012) 57 *R.D. McGill* 645, 664.

devenir un lieu commun²⁰ ». Il renchérit : « le nouvel élan du *Code civil du Québec* pourrait finir par chasser l'idée de mixité du droit privé québécois, malgré les racines historiques de celle-ci²¹ ». Notre objectif est précisément d'examiner les poids relatifs de la mixité et de la complétude du droit civil sur notre terrain d'enquête²².

Sur le plan institutionnel, une autre question porte sur la hiérarchie judiciaire ou, plus précisément, la liberté des cours de première instance de faire évoluer le droit et la mesure dans laquelle elles se considèrent comme liées par les propositions des tribunaux d'appel. Dans un essai à propos du rôle du précédent, le juge Mayrand observe que les « cours provinciales » du Québec se sont déclarées « libres de ne pas se soumettre à l'autorité du *stare decisis*, particulièrement lorsqu'elles sont appelées à interpréter notre Code civil qui tire son origine de l'ancien droit français et du Code Napoléon²³ ». Il soutient que, « dans la très grande majorité des cas, ce n'est pas par adhésion à la doctrine du *stare decisis* que les tribunaux de première instance du Québec suivent les décisions des cours supérieures. C'est plutôt pour plusieurs autres raisons, telles que l'autorité

-
20. Daniel JUTRAS, « Cartographie de la mixité : la common law et la complétude du droit civil au Québec », (2009) 88 *R. du B. can.* 247, 251.
 21. *Id.* Par ailleurs, la nature distincte du *Code civil du Québec* relativement au Code civil français figure parmi les facteurs qui, d'après le professeur Jobin, pourraient expliquer l'autonomie croissante du droit du Québec et le « très net déclin de l'influence des droits étrangers, notamment français » : Pierre-Gabriel JOBIN, « La circulation de modèles juridiques français au Québec. Quand ? Comment ? Pourquoi ? », dans Générosa BRAS MIRANDA et Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici. Les couleurs du droit*, Montréal, Thémis, 2010, p. 599, à la page 602. Selon un autre point de vue, en pays de droit codifié, le rôle des tribunaux n'est pas de puiser dans le droit étranger, mais bien d'assurer l'application de la volonté du législateur. Ce dernier, quant à lui, peut s'inspirer d'une autre tradition juridique, pourvu que l'emprunt « jugé utile ou nécessaire, soit intégré dans les cadres et les formes de la tradition civiliste » : Paul-André CRÉPEAU, « Réflexions sur la codification du droit privé », (2000) 38 *Osgoode Hall L.J.* 267, 283. Pour un survol historique des « différents types et intensités d'acculturation » qu'a connus le droit québécois, voir Sylvio NORMAND, « La culture juridique et l'acculturation du droit : le Québec », (2011) 1 *Revue juridique de l'ISAIDAT*, art. 23, à la page 46.
 22. Nous ne tenons pas pour acquis que les acteurs juridiques présentent la même ouverture envers les autres traditions, y compris les traditions autochtones, que celle qui est manifestée envers la common law. Les prémisses épistémologiques, institutionnelles et méthodologiques de ces dernières peuvent paraître plus étrangères que celles de la common law. En conséquence, elles peuvent influencer sur la posture du droit civil à leur égard. Voir Robert LECKEY, « L'adoption coutumière autochtone en droit civil québécois », (2018) 59 *C. de D.* [à paraître].
 23. Albert MAYRAND, « L'autorité du précédent au Québec », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Thémis, 1995, p. 259, aux pages 262 et 263.

persuasive des précédents²⁴». Ces propos évoquent la distinction entre la force du raisonnement et le pedigree d'un précédent, c'est-à-dire l'autorité supérieure qui l'a établi²⁵. Le juge Mayrand semble suggérer que les tribunaux de première instance peuvent, selon leurs propres évaluations, suivre ou non les précédents des cours qui leur sont supérieures. Or, une lecture différente sur une question similaire nous provient des auteurs Mathieu Devinat et Édith Guilhermont. Ceux-ci distinguent la réception d'une théorie étrangère par un tribunal québécois inférieur et sa «consécration» par les plus hauts tribunaux²⁶. Selon eux, une décision rendue par l'une des juridictions d'appel serait «plus susceptible» d'assurer l'admissibilité d'une théorie étrangère par les tribunaux ou par les auteurs de doctrine qu'une décision rendue par un tribunal inférieur²⁷. Ils postulent que «ce critère de réception [...] reproduit [...] le rapport qu'entretiennent les juristes québécois avec les précédents judiciaires. Rapport qui associe à la hiérarchie judiciaire la capacité et la fonction de dire le droit, et donc de le créer²⁸».

Lorsqu'elles sont combinées, ces observations suggèrent plusieurs postures quant à la réceptivité du droit québécois à l'égard de la common law, et quant à la liberté dont dispose le tribunal inférieur de faire évoluer le droit. Deux combinaisons viennent à l'esprit : d'une part, la position du tenant du droit comparé qui se croit habilité à modifier le droit en première instance et, d'autre part, celle du tenant de la théorie de la complétude du droit civil qui se voit obligé d'attendre que les tribunaux supérieurs modifient le droit. Ces postures peuvent se conjuguer différemment, bien que cette possibilité ne se dégage pas des études qui se concentrent sur l'usage fait du droit comparé par la Cour suprême. Celles-ci ne soulignent pas la distinction entre la réceptivité aux emprunts et la liberté de modifier le droit, puisque le pouvoir créateur dont jouit la Cour suprême est manifeste. Il est néanmoins possible de voir d'un bon œil le fait que le droit civil s'alimente des solutions provenant d'ailleurs, tout en estimant que cette alimentation relève du tribunal supérieur. On peut également penser que le tribunal de première instance est en mesure de faire évoluer le droit, avec prudence, mais en croyant aussi qu'il est indésirable de puiser dans une autre tradition juridique. Nous convenons que les emprunts peuvent

24. *Id.*, p. 278 ; sur cette notion, il faut lire H. Patrick GLENN, «Persuasive Authority», (1987) 32 *R.D. McGill* 261.

25. Frederick SCHAUER, «Precedent», (1987) 39 *Stan. L. Rev.* 571.

26. Mathieu DEVINAT et Édith GUILHERMONT, «La réception des théories juridiques françaises en droit privé québécois», (2013) 42 *R.D.U.S.* 459, 492.

27. *Id.*, 495.

28. *Id.*

se révéler plus ou moins heureux. Ainsi, même le tenant du droit comparé estimera telle ou telle proposition d'emprunt inadaptée aux circonstances. La principale question qui se dégage de cette discussion est celle de déterminer si les juges de première instance se sentent autorisés à emprunter à la common law quand, à leur avis, il est opportun de le faire. Sinon, croient-ils plutôt que les juges ne devraient jamais recevoir cet emprunt, puisque ce changement incombe au législateur, ou encore que seuls les tribunaux supérieurs y sont autorisés ?

Une tension survient par ailleurs entre deux constats. Le premier est que le droit peut être perçu comme une branche de la rhétorique qui « établit et entretient une communauté [...] définie par ses pratiques linguistiques²⁹ ». Pour ceux qui s'intéressent à la communauté que constituent les textes juridiques, le traitement des sources revêt à l'occasion une certaine importance. Sur ce point, la théorie féministe, galvanisée par la sous-représentation des femmes parmi les chercheurs inclus dans les notes infrapaginales, est éclairante. Par exemple, la professeure Clare Hemmings invite à appréhender les « absences de références³⁰ » comme le reflet des rapports de force. Quant à la chercheuse Sara Ahmed, elle souligne que le choix des sources témoigne de la mémoire et de la reconnaissance collectives des dettes envers ceux et celles qui nous ont inspirés³¹.

Pendant notre analyse des pratiques judiciaires, nous constaterons que, parfois, des idées élaborées par la Cour suprême dans l'arrêt *Kerr* apparaissent dans un jugement québécois, sans mention de leur source. Ce silence quant aux origines de certaines idées transplantées en droit civil québécois se prête à plusieurs hypothèses sur lesquelles nous reviendrons dans l'analyse. Le silence serait significatif si, informé par la perspective du système juridique mixte et par la théorie de la complétude, nous le comprenions comme le prolongement d'un processus de purification du droit civil. Le professeur David Howes, pour sa part, relate comment le droit québécois est passé d'une « polyjuralité », riche d'une « multitude de sources », vers une « monojuralité³² ». Il ajoute que « la plupart des versions modernes du *Code [civil]* ont éliminé de leurs marges les annotations (les

29. James Boyd WHITE, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. xiv (notre traduction : « establishes and maintains a community, defined by its practices of language »).

30. Clare HEMMINGS, « Telling Feminist Stories », *Feminist Theory*, vol. 6, n° 2, 2005, p. 115, à la page 131 (notre traduction : « citational absences »).

31. Sara AHMED, *Living a Feminist Life*, Durham, Duke University Press, 2017, p. 15.

32. David HOWES, « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *R.D. McGill* 523, 543.

références aux sources invoquées par les codificateurs)³³», bien que les rédacteurs du *Code civil du Bas Canada* se soient inspirés d'une gamme de sources vaste et diversifiée³⁴.

Toutefois, il convient d'apporter quelques nuances. Inspirée par plusieurs écoles philosophiques, la rédaction juridique s'ancre dans un réseau de précédents et de formules établies, ce qui complique le traitement des sources. Ainsi, comme le constate le professeur Simon Stern, «plusieurs formes de reproduction sans attribution sont tenues pour acquises dans la rédaction des jugements³⁵». Dans un jugement qui cite avec approbation l'essai de ce professeur, la Cour suprême admet que «le texte emprunté, avec ou sans mention de sa source», est chose courante dans la rédaction judiciaire³⁶. La suggestion que l'emprunt sans mention de sa source soit répandu et toléré ne nous dissuade pas d'examiner la reconnaissance faite par les juges de leurs sources. Elle nous invite cependant à la prudence dans la critique des juges pour l'absence d'une telle reconnaissance, puisque les pratiques à cet égard varient légitimement d'un contexte à l'autre³⁷.

Le second constat est que l'homogénéisation du droit pourrait être liée à l'idée de codification, au désir de systématisation et au souci de rendre le droit plus accessible, en faisant en sorte qu'il se trouve au même endroit. Quant à la codification française, elle a fusionné différentes sources historiques, dont les coutumes, le droit romain et la doctrine jus

33. *Id.*, 555 (notre traduction : «most modern versions of the [Civil] Code have dropped the annotations (the references to the sources invoked by the codifiers) from their margins»).

34. John E.C. BRIERLEY, «Quebec's Civil Law Codification. Viewed and Reviewed», (1968) 14 *R.D. McGill* 521, 544 et 554.

35. Simon STERN, «Copyright Originality and Judicial Originality», (2013) 63 *U.T.L.J.* 385, 390 (notre traduction : «various forms of unattributed copying are taken for granted in judicial writing»).

36. *Cojocar v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, [2013] 2 R.C.S. 357, 2013 CSC 30, par. 31.

37. Selon le «style officiel français – l'archétype du style judiciaire civil», les juges ne citent aucune source hormis la loi. Mitchel de S.-O.-l'E. LASSER, «Trois palais ; deux styles ?», dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Thémis, 2003, p. 121, à la page 124. Évidemment, quel que soit le poids de l'héritage français, le juge québécois, subissant l'influence de la common law dans son système de droit mixte, n'est pas tenu de suivre l'approche anonyme et concise de son homologue français. Voir Pierre J. DALPHOND, «Le style civiliste et le juge : le juge québécois ne serait-il pas le prototype du juge civiliste de l'avenir ?», dans N. KASIRER (dir.), préc., p. 81, à la page 96.

naturaliste³⁸, fait que les juristes français se sont par la suite empressés d'oublier. Pourtant, il ne faut pas exagérer la coupure par rapport aux sources du droit qui résulte de l'avènement du Code civil, notamment parce que « [l]e droit moderne plonge ses racines dans l'ancien droit³⁹ ». Le souci de couper le lien avec les sources historiques peut par ailleurs refléter l'approche taxonomique du droit civil qui mise sur la typologie, la hiérarchie, la stabilité et la logique plutôt que sur la généalogie et l'histoire, comme le fait l'approche taxonomique de la common law⁴⁰. Or, le refus de reconnaître les emprunts étrangers ne relève pas exclusivement du droit civil. On trouve des exemples dans d'autres traditions juridiques, à une étape ou une autre de leur développement. À certaines époques, on observe dans la tradition juridique anglaise une réticence chez des auteurs ou des juges à reconnaître les emprunts au droit civil, vraisemblablement dans l'objectif de présenter le droit anglais comme autonome⁴¹.

Une spécificité québécoise reste toutefois indéniable. Ni les sources de l'ancien droit, en France, ni Pothier ou d'autres éléments empruntés au droit civil, en Angleterre, n'entretiennent un lien avec une population minoritaire identifiable. Par opposition, au Québec, des facteurs historiques, linguistiques et culturels rattachent le droit anglais à la minorité anglophone, du moins symboliquement. Ainsi, dans une perspective sensible au pluralisme tant juridique que social, il y a lieu de se soucier de l'effacement des traces de l'étranger ou de l'Autre qui ont pour effet d'homogénéiser le portrait du système de droit mixte en vigueur au Québec⁴². Cette présentation de nos idées principales nous mène vers une brève introduction aux éléments du droit applicable au Québec en matière d'union de fait.

38. Voir, par exemple, André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 216 et 217; pour un survol des sources du droit à l'ère de la monarchie absolue, voir Jules MINIER, *Précis historique du droit français. Introduction à l'étude du droit*, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1854, p. 510-606.

39. Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, n° 117, p. 88; voir aussi Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2002, n° 68, p. 129.

40. Voir Michelle CUMYN, « La classification des catégories juridiques en droit comparé – métaphores taxonomiques », (2008) 110 *R. du N.* 1, 20; voir aussi Michelle CUMYN et Frédéric GOSSELIN, « Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive », (2016) 62 *R.D. McGill* 329, 364.

41. Alfred W.B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History: Essays on the Common Law*, Londres, Hambledon Press, 1987, p. 180.

42. Le souci de lutter contre l'invisibilité de l'Autre est également présent au Québec dans le contexte de l'enseignement de l'histoire. Voir, par exemple, Paul ZANAZANIAN, « Vers un schéma narratif pour donner une place à la minorité anglophone dans l'enseignement de l'histoire au Québec », *Didactica Historica*, vol. 3, 2017, p. 1.

1.3 Le droit relatif aux conjoints de fait

En vertu du livre deuxième du Code civil («De la famille»), la situation des conjoints de fait n'entraîne ni droits ni obligations. Contrairement aux conjoints de droit⁴³, les conjoints de fait ne se doivent pas d'aliments. Ce livre ne protège aucunement leur résidence, pas plus qu'il ne prévoit la partition du patrimoine familial ou le partage de la richesse acquise durant l'union⁴⁴. Cependant, il n'est pas muet relativement aux unions de fait. De manière «discrète⁴⁵», le conjoint de fait est reconnu dans le contexte d'une adoption par consentement spécial⁴⁶ ou d'un projet parental avec assistance à la procréation⁴⁷. En dehors du livre sur la famille, le régime légal des successions ignore le conjoint de fait survivant, mais le Code civil habilite une personne à consentir aux soins de son conjoint de fait en cas d'inaptitude de ce dernier⁴⁸. Par ailleurs, notre remarque sur l'absence de protection de la résidence du couple en union libre mérite d'être nuancée. Bien que le régime de la prétendue «résidence familiale» soit réservé aux conjoints de droit⁴⁹, certaines protections dont jouit le logement de ces derniers s'étendent également à celui des conjoints de fait—aux dépens du locateur⁵⁰. Le législateur admet ainsi que la vie commune confère une certaine nature familiale au logement qui l'abrite, qu'il y ait mariage ou non.

L'absence de volonté politique et l'immobilisme législatif qui en découle n'ont toutefois pas empêché le droit québécois d'évoluer—modestement, nous en convenons—à l'égard des conjoints de fait. Effectivement, les avocats et les juges québécois imaginatifs ont tenu compte de la spécificité de l'union de fait dans quelques aspects du droit commun. Mentionnons, par exemple, l'usage créatif de la société tacite⁵¹, la prise en considération

43. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues. Les familles*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, s.v. «conjoint de droit».

44. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 3, n^o 375, p. 536; Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 529.

45. Dominique GOUBAU, «Le Code civil du Québec et les concubins : un mariage discret», (1995) 74 *R. du B. can.* 474.

46. Art. 555 C.c.Q.

47. Art. 538 et suiv. C.c.Q.

48. Art. 15 C.c.Q.

49. Art. 401 et suiv. C.c.Q.

50. Plus précisément, le législateur protège le lieu d'habitation (art. 1938 C.c.Q.) et confère le droit de rompre le bail prématurément, advenant la violence (pourvu que les procédures onéreuses soient respectées) (art. 1974.1 C.c.Q.). Voir Marie-Neige LAPERRIÈRE, «Perspective féministe sur l'article 1974.1 du Code civil du Québec. Une protection efficace dans la vie des femmes locataires victimes de violences?», (2018) 33 *Rev. can. Dr. & Soc.* 41.

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

de la situation conjugale au moment de la fixation des aliments au profit de l'enfant⁵² et l'octroi d'un droit d'occupation temporaire d'une résidence sur laquelle l'autre conjoint détient un droit réel⁵³. Enfin, sans que le législateur ait modifié le droit substantiel, il a admis le caractère familial des différends qui découlent de l'union de fait dans le droit procédural. Précisément, dès lors que l'intérêt de l'enfant des conjoints de fait est mis en jeu, leur différend est assimilé, à certains égards, à ceux des conjoints de droit⁵⁴.

L'adaptation prétorienne de l'enrichissement injustifié témoigne également de cette évolution. Cette adaptation découle principalement de jugements rendus par la Cour d'appel qui empruntent des éléments développés par la Cour suprême dans des pourvois issus des provinces de common law. En 2003, s'inspirant avec circonspection de l'arrêt *Peter c. Beblow*, la Cour d'appel rend le jugement *B.(M.) c. L.(I.)*⁵⁵, qui aura une grande influence sur la jurisprudence et la doctrine québécoises. Dans cette décision, elle accepte qu'une union de fait de longue durée engendre deux présomptions : d'une part, il y a corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement ; d'autre part, l'enrichissement n'a pas de motifs juridiques⁵⁶. La Cour d'appel affirme toutefois que, contrairement à ses homologues de common law, le tribunal québécois ne peut « créer de nouvelles institutions juridiques, ajustées aux besoins du moment⁵⁷ ». Il ne doit pas s'arroger le rôle législatif de « créer une sorte de société d'acquêts pour les unions quasi matrimoniales⁵⁸ », ce qu'il ferait s'il permettait l'action en enrichissement injustifié de produire « un rééquilibrage des actifs ou [...] un partage des patrimoines de chacun accumulés pendant la vie commune⁵⁹ ». Comme nous l'avons mentionné, dans l'affaire *Droit de la famille — 132495*, décision rendue en 2013, la Cour d'appel intègre certains éléments de l'arrêt *Kerr*, notamment la méthode basée sur la valeur accumulée afin de calculer l'indemnisation pour l'enrichissement injustifié. Nous reviendrons dans la

52. Art. 587.2 C.c.Q. Voir Jocelyne JARRY, *Les conjoints de fait au Québec : vers un encadrement légal*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 141.

53. Stéphanie CHAREST, « L'attribution d'un droit d'usage exclusif de la "résidence familiale" à un conjoint non marié ayant la garde des enfants au Québec : comparaison avec les provinces de common law », (2014) 116 *R. du N.* 277, 294.

54. Voir les articles 412 et 417 du *Code de procédure civile*.

55. *B.(M.) c. L.(I.)*, [2003] R.D.F. 539, 231 D.L.R. (4^e) 665 (C.A.).

56. *Id.*, par. 37. Voir Vincent KARIM, *Les obligations*, t. 1, 4^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, n^o 3622, p. 1558.

57. *B.(M.) c. L.(I.)*, préc., note 55, par. 31.

58. *Id.*, par. 38.

59. *Id.*, par. 39. Voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 4, n^o 551, p. 642 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 4, n^o 1396, p. 744 ; V. KARIM, préc., note 56, n^o 3636, p. 1565.

partie 2 de notre texte sur la façon dont la Cour d'appel inclut ces éléments du jugement de la Cour suprême.

La dernière adaptation judiciaire de l'enrichissement injustifié à signaler ici est survenue, de manière inattendue, dans un litige de droit public, à savoir l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*⁶⁰. Dans cette cause basée sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶¹, la Cour suprême rejette l'argument selon lequel l'absence de protection pour les conjoints de fait dans le Code civil, en comparaison des régimes impératifs et supplétifs dont profitent les époux, constitue une discrimination injustifiée. Cinq juges ont validé le régime du Code civil, que ce soit au motif que la politique législative québécoise valorise l'autonomie des conjoints de fait et n'enfreint pas le droit à l'égalité ou au motif que toute limite apportée à ce droit s'avère raisonnable et justifiable. Il ne suffit toutefois pas de lire le résumé de l'arrêtiste ou l'analyse sur le fond de ce jugement de droit public afin d'en saisir la pleine portée pour les conjoints de fait. Certes, plusieurs juges sont persuadés que la Charte canadienne n'exige pas de modification à la politique législative québécoise en matière d'union de fait. Ils préconisent néanmoins un assouplissement judiciaire de l'approche relative à l'enrichissement injustifié, et ce, dans la partie historique du jugement. Ainsi, le juge LeBel se prononce en faveur d'une approche généreuse et souple lorsque l'enrichissement injustifié est réclamé entre conjoints de fait⁶². En outre, dans ses motifs concordants à propos de la validité de l'exclusion des conjoints de fait du partage des biens matrimonial, la juge Deschamps suggère que l'interprétation généreuse de l'enrichissement injustifié doit se conformer au concept d'égalité consacré par la Charte canadienne⁶³.

Après ce jugement, le Comité consultatif sur le droit de la famille a recommandé au gouvernement d'ajouter le contrat de vie commune aux contrats nommés du Code civil et d'étendre le mécanisme de la prestation compensatoire aux conjoints de fait⁶⁴. Toutefois, ces recommandations n'ont stimulé aucune réponse législative. Ce survol nous permet maintenant de présenter les résultats de notre recherche.

60. *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] 1 R.C.S. 61, 2013 CSC 5 (ci-après «*Québec c. A*») (ce jugement est mieux connu sous le nom de l'affaire *Éric c. Lola*).

61. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

62. *Québec c. A*, préc., note 60, par. 117-120.

63. *Id.*, par. 401 et 402.

64. COMITÉ CONSULTATIF SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Montréal, Thémis, 2015, p. 337 et 338.

2 Quelques pratiques judiciaires à l'égard de l'Autre

Les juges québécois de première instance invoquent l'arrêt *Kerr* à plusieurs fins. Nous verrons qu'ils en soulignent les origines étrangères (2.1), qu'ils prennent acte du fait que la Cour d'appel en a déclaré les principes applicables (2.2), qu'ils intègrent ces derniers en droit québécois de diverses façons (2.3) et qu'ils se taisent sur leur provenance (2.4).

2.1 L'accent mis sur les origines de common law

Plusieurs jugements soulignent que l'arrêt *Kerr* émane du droit privé d'une province de common law. Dans 3 décisions rendues avant l'affaire *Droit de la famille — 132495*, des juges de première instance abordent l'arrêt *Kerr* et en rejettent les principes au motif que ceux-ci ne cadrent pas avec le droit civil. Dans la première décision, soit l'affaire *Brousseau c. Cloutier*, la juge Mallette écrit que l'arrêt *Kerr* a été rendu «dans un contexte de common law⁶⁵» et «qu'il n'y a pas lieu de déroger à la position adoptée par la Cour d'appel du Québec dans *B(M) c. L(L)*⁶⁶». Le tribunal estime que la position de la Cour d'appel est «respectueuse des textes et de l'esprit du *Code civil*⁶⁷». La juge Mallette ne se contente pas de rejeter l'arrêt *Kerr* sur la base de ses origines étrangères. Elle affirme que l'approche prônée jusqu'alors par la Cour d'appel constitue «un heureux équilibre» entre les principes des jugements de la Cour suprême «qui ne sont pas inconciliables avec notre droit civil» et «la volonté du législateur québécois de n'adopter aucun régime juridique pour les conjoints de fait⁶⁸». Il ne convient donc pas de rompre avec ce «juste équilibre⁶⁹».

Dans la deuxième décision, le juge Désy s'appuie sur un texte de M^e Claudia Prémont⁷⁰, source doctrinale invoquant de nouveau l'arrêt *B.(M.) c. L.(L.)*, afin de rejeter la méthode de calcul fondée sur la valeur accumulée mise en relief dans l'arrêt *Kerr*⁷¹. Comme dans l'affaire *Brousseau c. Cloutier*, le juge Désy qualifie l'approche de la Cour d'appel de «fidèle au texte et à l'esprit du *Code civil du Québec*⁷²».

65. *Brousseau c. Cloutier*, 2011 QCCQ 8647, par. 19.

66. *Id.*, par. 20.

67. *Id.*

68. *Id.*, par. 21.

69. *Id.*, par. 23.

70. Claudia P. PRÉMONT, «Les différents recours des conjoints de fait en droit civil : une question d'actualité», conférence donnée lors d'une journée de formation, Cour du Québec.

71. *Thibault c. Benoit*, 2011 QCCQ 13824, par. 13.

72. *Id.*, par. 14.

Enfin, dans la troisième décision, l'avocate de la demanderesse affirmait qu'il y avait « lieu d'appliquer une notion d'équité suivant la tendance introduite par la Cour suprême dans l'arrêt *Kerr c. Baranow*⁷³ ». Le juge Ouellet dit toutefois que le fait d'être « victime d'une injustice n'est pas le critère pour accorder une indemnité alors que les parties ont choisi de ne pas se marier⁷⁴ ». Il rejette la demande en se reposant sur l'arrêt *B.(M.) c. L.(L.)* et « la jurisprudence constante depuis⁷⁵ ». Néanmoins, en *obiter dictum*, le juge qualifie le dossier dont il est saisi d'« excellent exemple des conséquences fâcheuses » que sont susceptibles de subir de nombreux Québécois qui vivent en union de fait sans conclure une convention de vie commune, « convaincu[s] que l'union de fait, c'est comme être marié[s]⁷⁶ ».

En revanche, pendant la même période, d'autres jugements intègrent les concepts de l'arrêt *Kerr*, en indiquant ses origines tirées de la common law. Ces mentions prennent la forme d'une courte explication. Dans l'affaire *Bouillon c. Chapman*, la juge Nantel dit de l'arrêt *Kerr*: « Bien que l'appel discute du droit applicable dans les provinces de *common law*, les propos du juge Cromwell conviennent au présent dossier⁷⁷. » Les variantes de cette phrase signalent que le tribunal est conscient des origines de l'arrêt *Kerr* et qu'il estime que les concepts de la coentreprise familiale et de la valeur accumulée répondent correctement au contexte factuel des litiges devant être tranchés.

2.2 L'autorisation d'emprunter les principes de l'arrêt *Kerr c. Baranow*

C'est en 2013 que la Cour d'appel autorise l'application de l'arrêt *Kerr* en droit civil québécois. Dans l'affaire *Droit de la famille — 132495*, le juge Bouchard résume l'approche de la Cour suprême dans l'arrêt *Kerr*, selon laquelle la méthode de la valeur accumulée peut s'imposer lorsque les parties ont été engagées dans une « coentreprise familiale ». Il aborde la question de savoir si ces conditions s'appliquent en droit civil et y répond de façon affirmative. Le juge Bouchard se réfère notamment à l'affaire *B.(M.) c. L.(L.)* et il admet que la Cour d'appel a, « en deux occasions,

73. Affaire *Droit de la famille — 12399*, 2012 QCCS 752, par. 57.

74. *Id.*, par. 59.

75. *Id.*, par. 65.

76. *Id.*, par. 63.

77. *Bouillon c. Chapman*, 2011 QCCS 5771, par. 116. Voir aussi : *Montreuil c. Jasmin (Succession de)*, 2011 QCCS 1032, par. 84 (« Bien que l'appel discute du droit applicable dans les provinces de common law, les propos du juge Cromwell conviennent à la présente instance »); *M.R. c. A.J.*, 2013 QCCS 34, par. 94 (« Bien que l'appel discute du droit applicable dans les provinces de common law, les propos du juge Cromwell sont pertinents au présent dossier »).

[...] mis en garde les tribunaux québécois d'importer trop facilement dans notre droit des concepts de *common law* étrangers au *Code civil*⁷⁸». De plus, le juge Bouchard accepte que le droit civil ignore la fiducie par interprétation propre à la common law, qui ne peut s'appliquer aux conjoints de fait au Québec en conséquence. Il propose qu'«[i]l en va autrement toutefois avec la méthode de la valeur accumulée lorsqu'elle est utilisée [...] pour établir la contribution proportionnelle du conjoint demandeur à la richesse globale accumulée grâce aux efforts conjugués des deux conjoints⁷⁹». D'après le juge Bouchard, l'arrêt *Kerr* précise que, dans le cas d'une coentreprise familiale, il faut calculer la réparation «en fonction de la part de ces biens qui est proportionnelle aux contributions du conjoint demandeur⁸⁰». Il insiste : «Ceci est en tout point conforme aux prescriptions de l'article 1493 C.c.Q., dont celle de l'exigence d'une simple corrélation entre l'appauvrissement et l'enrichissement⁸¹.»

Notre objectif n'est pas d'évaluer ici le bien-fondé de cette dernière proposition. Certes, le recours à la valeur accumulée, assorti de l'idée de la proportionnalité, paraît s'éloigner de «[l]a règle du moindre montant» entre l'enrichissement du débiteur et l'appauvrissement du créancier, notée précédemment⁸². Des facteurs institutionnels ont pu amener le juge Bouchard à affirmer que l'approche de l'arrêt *Kerr* est d'ores et déjà cohérente avec le droit civil québécois, plutôt que de dire qu'il y a lieu d'apporter une modification au droit civil⁸³. Quoi qu'il en soit, l'intérêt des motifs du

78. Affaire *Droit de la famille* – 132495, préc., note 8, par. 58.

79. *Id.*, par. 60.

80. *Id.*

81. *Id.*

82. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 4, n° 1418, p. 757. D'ailleurs, le principe selon lequel l'enrichi est tenu de restituer à l'appauvri la moindre des valeurs de l'enrichissement ou de l'appauvrissement serait difficilement conciliable avec «la récente tendance quant à l'utilisation des concepts de common law» dont celui de la «valeur accumulée», puisque «si la valeur accumulée peut établir la valeur de l'enrichissement, elle laisse de côté celle de l'appauvrissement» : Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : annotations, commentaires, 2017-2018*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017, p. 1267 et 1268 ; pour une présentation des principes applicables qui est trop polie pour souligner les contradictions toutefois manifestes entre eux, voir V. KARIM, préc., note 56, n°s 3649-3655, p. 1571-1574.

83. Certains lecteurs penseront à la discussion concernant «the drawing of inconsistent distinctions» par les juge de common law : Melvin Aron EISENBERG, *The Nature of the Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1988, p. 136. Cet auteur parle notamment des distinctions qui ne s'accordent pas avec la règle sous-jacente au précédent dont il est question. D'après lui, la formulation de telles distinctions parvient éventuellement à renverser indirectement une doctrine établie qui ne s'harmonise plus avec les standards de la congruence sociale et de la cohérence du système juridique.

juge Bouchard concerne l'impact de ce passage relatif à l'admissibilité de l'arrêt *Kerr* en droit québécois.

Les effets de la décision de la Cour d'appel se sont immédiatement fait ressentir et la Cour supérieure comme la Cour du Québec se sont appuyées sur cette décision à maintes reprises. La juge Tessier Couture souligne que le juge Bouchard «précise et rappelle les mises en garde [...] sur des concepts de *common law*, étrangers au *Code civil du Québec*», mais qu'il conclut néanmoins à l'applicabilité des principes de l'arrêt *Kerr*⁸⁴. Abordant la décision de la Cour d'appel, le juge Duchesne reprend tant le rappel des mises en garde sur le danger d'importer au Québec des concepts de *common law* que la supposée compatibilité entre la valeur accumulée et les prescriptions de l'article 1493 du Code civil⁸⁵. Des auteurs d'un code civil annoté le confirment : «La méthode de la valeur accumulée est admise en droit civil [...] pour établir généralement la contribution proportionnelle du conjoint à la richesse globale accumulée grâce aux efforts conjugués des deux époux⁸⁶.» En outre, le rejet explicite de l'arrêt *Kerr* sur la base de ses origines en *common law* ne revient plus. En somme, les principes de ce jugement sont désormais applicables en droit québécois puisque la Cour d'appel en a décidé ainsi. Ayant retracé ce processus de leur reconnaissance, nous examinerons de plus près l'accueil de ces principes dans la jurisprudence.

2.3 L'intégration en droit civil

Dans notre corpus, nous remarquons une tendance à citer une source de droit civil afin d'appuyer ou d'élaborer l'usage des principes établis dans l'arrêt *Kerr*. De fait, 18 décisions combinent ce jugement et une source de droit civil; dans 13 d'entre elles, cette source est l'affaire *Droit de la famille—132495*.

La réception des principes du jugement de la Cour suprême en droit québécois est indissociable du fait que l'affaire *Droit de la famille—132495* le cite abondamment. La décision de la Cour d'appel exemplifie la tendance

84. *Thériault c. Parent*, 2016 QCCS 4961, par. 102. Voir aussi l'affaire *Parent c. Dauphinais*, 2014 QCCS 762, par. 160 et 170 : les pourvois dans l'arrêt *Kerr* et l'affaire *Vanasse c. Seguin* «proviennent de provinces de *common law*, mais sont appliqués au Québec» et l'affaire *Droit de la famille—132495* est «fort intéressant[e], car [elle] établit la méthodologie à suivre».

85. *Côté c. Laforest*, 2014 QCCS 4779, par. 44. Voir aussi : *Mérineau c. Préfontaine*, 2015 QCCS 2603, par. 248 ; *Lefebvre c. Therrien*, 2015 QCCS 1437, par. 117 ; *Poirier c. Robichaud*, 2014 QCCS 373, par. 56 ; *Cloutier c. Berndt*, 2015 QCCS 3698, par. 151.

86. Jean-Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, t. 2, 20^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2017, p. 2137, n^o 1493/34.

canadienne, peut-être plus prononcée chez les tribunaux inférieurs, «à inclure de longues citations, s'étendant sur plusieurs pages à la fois, avec des citations de deuxième ou de troisième rang, et uniquement quelques lignes ajoutées par le juge⁸⁷». L'affaire *Droit de la famille—132495*, à son tour, est citée à maintes reprises par les cours de première instance.

C'est notamment par l'entremise de quatre paragraphes du jugement de la Cour d'appel que certaines notions clés élaborées dans l'arrêt *Kerr* intègrent la jurisprudence civiliste. D'abord, le paragraphe 40 se compose d'une phrase : «Applicable à toutes les situations où il répugne à la justice qu'une personne conserve sans motif juridique un avantage qu'elle a reçu, la théorie de l'enrichissement injustifié doit cependant être appliquée avec souplesse aux affaires relevant du droit de la famille⁸⁸.» Cette phrase renvoie le lecteur à deux notes infrapaginales. L'arrêt *Kerr* est la seule source dans la première ; dans la seconde, c'est une source additionnelle (« Voir également ») qui appuie la source principale, un jugement de la Cour d'appel⁸⁹. Au total, 9 décisions de notre corpus se réfèrent à ce paragraphe. Ensuite, le paragraphe 45 concerne l'étape de l'évaluation d'une réclamation en enrichissement injustifié où le décideur tient compte des avantages conférés au conjoint demandeur par le conjoint poursuivi. Ce paragraphe introduit une longue citation d'extraits de quatre paragraphes de l'arrêt *Kerr*. Remarquons que, parmi les décisions que nous avons recensées, 10 font référence au paragraphe 45 du jugement de la Cour d'appel. Puis, le paragraphe 55 de ce dernier traite des concepts de la coentreprise familiale et de la valeur accumulée introduits dans l'arrêt *Kerr*. Il reproduit des extraits de trois paragraphes centraux de l'arrêt de la Cour suprême. À noter que 5 décisions répertoriées le mentionnent. Enfin, le paragraphe 56 résume les marques distinctives d'une coentreprise familiale. Il s'appuie sur quatre notes infrapaginales qui, ensemble, dirigent le lecteur vers les paragraphes 90 à 99 de l'arrêt *Kerr*. Par ailleurs, 4 décisions se basent sur le paragraphe 56.

Nous avons constaté une légère tendance, à savoir l'utilisation commune de l'affaire *Droit de la famille—132495* et de l'arrêt *Kerr*. Dans 4 décisions, le tribunal invoque l'arrêt de la Cour suprême pour justifier la souplesse de l'approche à adopter, mais les concepts clés—et plus techniques—de la coentreprise familiale et de la valeur accumulée sont abordés par l'entremise de l'arrêt de la Cour d'appel. C'est ainsi que, dans

87. S. STERN, préc., note 35, 396 (notre traduction : «to feature lengthy quotations, extending to several pages at a time, with two or three levels of nested quotations, and with only a few lines added by the judge»).

88. Affaire *Droit de la famille—132495*, préc., note 8, par. 40.

89. C.L. c. J.L., 2010 QCCA 2370.

l'affaire *Lefebvre c. Therrien*, l'arrêt *Kerr* figure seul dans des notes en appui aux propositions concernant la souplesse⁹⁰, tandis que de longs extraits de l'affaire *Droit de la famille — 132495* (y compris des citations de l'arrêt *Kerr*) sont reproduits pour décrire l'indemnisation ou la réparation en matière d'enrichissement injustifié⁹¹.

Cependant, la décision de la Cour d'appel n'est pas le seul texte de droit civil vers lequel se tournent les juges afin d'implanter les solutions présentées d'abord dans l'arrêt *Kerr*. Dans quelques cas, ils mentionnent le jugement de la Cour suprême, mais en se penchant sur les décisions québécoises de première instance afin d'exposer le droit, par exemple les facteurs utilisés en vue de reconnaître une coentreprise familiale⁹². De plus, dans 2 décisions, un texte doctrinal de M^e Violaine Belzile introduit les critères de la coentreprise familiale dans la jurisprudence québécoise⁹³.

Les leçons de l'arrêt *Kerr* s'étendent à d'autres réclamations que l'enrichissement injustifié découlant de l'union de fait. L'arrêt est aussi invoqué dans certains jugements qui tranchent une prestation compensatoire entre époux. Dans l'affaire *Droit de la famille — 133446*⁹⁴, le juge Samson cite des passages de l'arrêt *Kerr* afin de reconnaître que, « de manière plus

90. *Lefebvre c. Therrien*, préc., note 85, par. 48, note 10, et par. 128, notes 47 et 48.

91. *Id.*, par. 117. Voir aussi: *Mérineau c. Préfontaine*, préc., note 85 (où l'arrêt *Kerr* est considéré comme source appuyant la notion que, « dans les affaires du droit de la famille, la théorie de l'enrichissement injustifié doit être appliquée avec souplesse » (par. 206, note 29), tandis que l'affaire *Droit de la famille — 132495* est envisagée comme la source de l'applicabilité au Québec de la valeur accumulée (par. 248 et 249)); *Thériault c. Parent*, préc., note 84 (où il y a reproduction d'un extrait de l'arrêt *Kerr* quant à la souplesse et à l'impératif concernant l'application des principes d'enrichissement injustifié en fonction du contexte factuel et social particulier (par. 177), alors que la réparation et la coentreprise familiale sont vues à travers l'affaire *Droit de la famille — 132495* (par. 100 et 101)); *Brisebois c. Charbonneau*, 2016 QCCQ 14955 (où l'arrêt *Kerr* est mentionné pour l'approche souple (par. 42, note 10), pendant que sont présentés des extraits de l'affaire *Droit de la famille — 132495* au sujet des avantages réciproques (par. 46)).

92. *Andjorin c. Bourbonnais*, 2015 QCCS 431, par. 70-78 (brève mention de l'arrêt *Kerr* accompagnée d'une citation de l'affaire *Côté c. Laforest*, préc., note 85); *Beauregard c. Fugère*, 2015 QCCS 1876, par. 76 et 77 (brève mention de l'arrêt *Kerr* accompagnée d'une citation de l'affaire *Grégoire c. St-Arnaud*, 2012 QCCS 173 (en appel: *St-Arnaud c. Grégoire*, 2012 QCCA 1852)); voir aussi de façon semblable: *Velikova c. Paskalev*, 2015 QCCS 2390, par. 53; *Irven c. D'Aoust*, 2016 QCCS 3546, par. 31.

93. Violaine BELZILE, « Enrichissement injustifié et action *de in rem verso* entre conjoints de fait — Comme si l'amour allait durer toujours », dans S.F.C.B.Q., vol. 340, *Développements récents en droit familial* (2011), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 21. Voir: *Ménard c. Blaisel*, 2014 QCCS 3932, par. 38; *Cloutier c. Berndt*, préc., note 85, par. 149, 150 et 152.

94. Affaire *Droit de la famille — 133446*, 2013 QCCS 6103, par. 44.

réaliste», de nombreuses relations conjugales sont «des coentreprises auxquelles contribuent conjointement les deux parties⁹⁵». Dans l'affaire *Droit de la famille—141262*, la juge Arcand mentionne l'arrêt *Kerr* de la Cour suprême dans une note infrapaginale afin de justifier un paragraphe où elle écrit qu'«il faudrait d'abord conclure à l'existence d'une coentreprise familiale» pour calculer une indemnité «en fonction de la part proportionnelle de Monsieur à l'entreprise⁹⁶». La tendance chez certains juges québécois à recourir à une notion élaborée par la Cour suprême dans des contextes éloignés de ses origines n'est pas nouvelle. Des auteurs ont remarqué notamment que les juges appliquaient l'approche émanant de l'affaire *Miglin c. Miglin*⁹⁷—qui se révèle n'être qu'un exercice d'interprétation de la *Loi sur le divorce*⁹⁸—dans «une pléiade de situations⁹⁹».

2.4 L'effacement des origines

Les idées de l'arrêt *Kerr* ont manifestement intégré le droit civil, mais leurs origines étrangères à celui-ci disparaissent à l'occasion. Ainsi, un extrait de l'affaire *Droit de la famille—132495* comprend des passages de l'arrêt *Kerr* de la Cour suprême, mais les références à ce dernier sont omises. C'est notamment le cas avec les paragraphes 40 et 45 de la décision de la Cour d'appel, dont nous avons fait part dans la section 2.3. À l'occasion, l'arrêt *Kerr* est mentionné ailleurs dans le jugement¹⁰⁰. Il en

95. Arrêt *Kerr*, préc., note 1, par. 62. Au paragraphe 45 de l'affaire *Droit de la famille—133446*, préc., note 94, le juge Samson cite le paragraphe 69 de l'arrêt *Kerr* relativement à la notion suivante : «les conséquences juridiques de la rupture d'une relation conjugale devraient refléter la façon dont les gens vivent».

96. Affaire *Droit de la famille—141262*, 2014 QCCS 2474, par. 86. L'arrêt *Kerr* apparaît dans la note 30 à la fin de ce paragraphe. Toutefois, cette tendance a provoqué la juste réplique que la notion de coentreprise familiale ne doit pas «soudainement servir à éliminer tous les mécanismes établis par le droit québécois pour assurer une sécurité financière aux deux époux» (affaire *Droit de la famille—162939*, 2016 QCCS 6743, par. 573).

97. *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 CSC 24.

98. *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, c. 3 (2^e supp.).

99. J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 3, n^o 317, p. 464; pour discussion, voir Robert LECKEY, «A Common Law of the Family? Reflections on *Rick v. Brandsema*», (2009) 25 *Rev. can. Dr. Fam.* 257, 282 et 283.

100. Voir, par exemple, l'affaire *Cloutier c. Berndt*, préc., note 85, par. 81, où le paragraphe 45 de l'affaire *Droit de la famille—132495* est reproduit, y compris de grands extraits des paragraphes 109, 114, 115 et 116 de l'arrêt *Kerr*, mais sans références au jugement de la Cour suprême. La juge Lalande indique «renvois omis». Dans l'affaire *Thériault c. Parent*, préc., note 84, par. 99, la juge Tessier Couture introduit une longue citation du juge Bouchard provenant de l'affaire *Droit de la famille—132495*, dont le paragraphe 45 du jugement, qui comprend des extraits des paragraphes 109, 114, 115 et 116 de l'arrêt *Kerr*, cette fois encore avec la mention «Citations omises» de sorte que l'origine des

résulte que les moteurs de recherche incluent un tel jugement parmi ceux qui se réfèrent à l'arrêt *Kerr*. D'autres décisions ne le mentionnent nulle part, quoiqu'elles citent l'affaire *Droit de la famille — 132495*, y compris les extraits de la Cour suprême. Les outils SOQUIJ, CAIJ ou La Référence ne répertorient donc pas ces décisions parmi celles qui font référence à l'arrêt *Kerr*. Celles-ci seraient dès lors recensées comme s'appuyant sur l'affaire *Droit de la famille — 132495*, mais pas sur l'arrêt *Kerr* de la Cour suprême.

Par exemple, dans l'affaire *Poirier c. Robichaud*, la juge La Rosa écrit : « Quant à la quantification comme telle de l'indemnité [en matière d'enrichissement injustifié entre conjoints], le juge Jean Bouchard de la Cour d'appel, dans un récent arrêt, résume clairement les principes applicables » ; s'ensuivent des extraits des paragraphes 45 et 60 de l'affaire *Droit de la famille — 132495*¹⁰¹. La juge indique alors « Références omises ». Le paragraphe 60 cité inclut la phrase suivante de la plume du juge Bouchard : « Au contraire, l'arrêt *Kerr c. Baranow* s'inscrit parfaitement bien dans la lignée des arrêts *Lacroix c. Valois* et *Peter c. Beblow*¹⁰². » La référence complète de l'arrêt *Kerr* n'apparaît pourtant nulle part dans la décision et celle-ci ne figure donc pas parmi les décisions qui le mentionnent. Dans l'affaire *Droit de la famille — 141703*¹⁰³, le juge Duprat introduit les suggestions de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille — 132495* et cite presque 1 300 mots de cette décision. Il reprend le paragraphe 45 de la Cour d'appel qui contient les extraits des paragraphes 109, 114, 115 et 116 de l'arrêt *Kerr* et dans lequel le juge Bouchard y fait référence comme « l'avis de la Cour suprême dans un arrêt rendu en 2011 dans un contexte de common law »¹⁰⁴. Dans la citation, le juge Duprat conserve les appels de note de l'affaire *Droit de la famille — 132495*, notamment ceux qui se réfèrent à l'arrêt *Kerr*, mais il n'en reproduit jamais le contenu. Le nom de l'arrêt de la Cour suprême est absent de la décision, sans pour autant que l'emprunt à la common law soit effacé¹⁰⁵. Il en est de même dans l'affaire *M.F. c. G.G.*, où le juge Silcoff cite longuement des passages de l'affaire *Droit de la famille — 132495*, dont celui qui parle de l'« arrêt rendu en 2011

paragraphes cités n'est plus claire. L'objectif n'est pourtant pas de cacher l'influence de la Cour suprême, puisqu'au paragraphe 100 de l'affaire *Thériault c. Parent*, préc., note 84, la juge Tessier Couture reproduit un autre extrait de la Cour d'appel avec des extraits de l'arrêt *Kerr*, et cette fois elle mentionne ce dernier.

101. *Poirier c. Robichaud*, préc., note 85, par. 56.

102. Affaire *Droit de la famille — 132495*, préc., note 8, par. 60.

103. Affaire *Droit de la famille — 141703*, 2014 QCCS 3385, par. 62.

104. Affaire *Droit de la famille — 132495*, préc., note 8, par. 45.

105. Voir aussi l'affaire *Droit de la famille — 15952*, 2015 QCCS 1847, par. 59.

[par la Cour suprême] dans un contexte de *common law*», bien que le nom «Kerr» n'apparaisse nulle part¹⁰⁶.

Par ailleurs, dans l'affaire *Andjorin c. Bourbonnais*, le juge Reimnitz cite l'affaire *Droit de la famille — 132495* en omettant les paragraphes entiers de l'arrêt *Kerr* pourtant reproduits par la Cour d'appel. Il rapporte le paragraphe 45 de l'affaire *Droit de la famille — 132495*, mais substitue des points de suspension aux paragraphes 109, 114, 115 et 116 de l'arrêt *Kerr*, généralement inclus dans ce paragraphe¹⁰⁷. Plus loin, le paragraphe 55 de l'affaire *Droit de la famille — 132945* est repris, mais le juge omet les paragraphes 80, 81 et 85 de l'arrêt *Kerr* tout de même présents dans l'original¹⁰⁸.

Bref, à de multiples reprises, le tribunal de première instance se réfère à la décision phare de la Cour d'appel sans mentionner l'arrêt de la Cour suprême qui en a pourtant été l'inspiration. Les tribunaux ne semblent pas craindre de reproduire de longs extraits des jugements, quoique cette reproduction paraisse parfois hautement sélective—quitte à épurer les passages de la Cour d'appel de leur contenu tiré de la Cour suprême. Ayant défini nos résultats, nous aborderons ci-dessous les leçons provisoires qui s'en dégagent.

3 La «civilisation» de l'emprunt ponctuel

Les pratiques judiciaires dans le système de droit mixte québécois sont hétérogènes et elles ne se réduisent pas à un compte rendu simple. Pour revenir aux propos du professeur Jutras, la complétude ne s'impose pas entièrement. En effet, dans le contexte des différends survenant après la rupture d'une union de fait, quelques juges de première instance ainsi que de la Cour d'appel, notamment le juge Bouchard, se sont montrés réceptifs à l'égard des emprunts à la common law. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, le pragmatisme de l'arrêt *Kerr* et son concept de la coentreprise familiale apparaissent même dans des jugements touchant la prestation compensatoire en droit matrimonial (!)—fait qui rendrait mal à l'aise plusieurs juristes par ailleurs ouverts au dialogue entre les traditions juridiques. Néanmoins, certains juges formulent des mises en garde familiales contre les emprunts à la common law. L'insistance sur l'autonomie du droit civil recodifié ressort également chez certains auteurs. C'est ainsi que, quatre ans après le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille — 132945*, un code civil annoté persiste à affirmer ce qui suit :

106. *M.F. c. G.G.*, 2016 QCCS 127, par. 50. Voir aussi l'affaire *Blacquièrre c. Sulmon*, 2016 QCCS 4495, par. 77.

107. *Andjorin c. Bourbonnais*, préc., note 92, par. 74.

108. *Id.*, par. 78.

«La doctrine de l'enrichissement sans cause étant codifiée, le recours aux concepts et théories de common law doit être évité¹⁰⁹.»

Cette diversité de perspectives soulève les questions suivantes : quel est le poids de la hiérarchie judiciaire et de quelle marge de manœuvre en matière de création les tribunaux de première instance disposent-ils ? Comme nous l'avons souligné, le juge Mayrand suggère que c'est l'autorité persuasive des précédents, plutôt que la doctrine du *stare decisis*, qui leur assure une place dans le raisonnement des tribunaux de première instance. En appui à son hypothèse, nous entrevoyons les jugements qui suivent l'approche d'un tribunal d'appel, tout en offrant une justification indépendante de la sagesse de celle-ci. En ce sens, certains juges ont refusé d'intégrer les concepts de common law sur la base de la décision *B.(M.) c. L.(L.)* de la Cour d'appel rendue en 2003, tout en formulant une évaluation favorable à son égard. Autrement dit, l'approche du juge Dalphond dans ce cas précis ne représenterait pas seulement l'avis d'un tribunal supérieur : elle constituerait également «un heureux équilibre» et serait «respectueuse» du droit civil. Toutefois, une autre approche milite plutôt contre l'hypothèse du juge Mayrand : c'est la déférence quasi mécanique du tribunal envers les règles établies par la Cour d'appel lorsque celui-ci rejette l'argument fondé sur l'arrêt *Kerr*, et ce, de façon peu rassurante pour la demanderesse perdante. Le tribunal qualifie alors le résultat d'«excellent exemple des conséquences fâcheuses¹¹⁰» de l'état actuel du droit. Voilà le commentaire d'un juge qui ne se sent pas en mesure de modifier le droit afin d'atteindre le résultat qui lui paraît juste.

En outre, les justifications offertes par les juges à propos de l'adoption de l'arrêt *Kerr* avant et après sa consécration en droit civil par la Cour d'appel en 2013 sont révélatrices. Les rares juges qui, dès le début, ont intégré l'arrêt *Kerr*—des «adopteurs précoces», en bon langage de marketing!—accompagnent leurs emprunts d'une brève justification de sa pertinence vu le contexte. Or, après le jugement de 2013, les justifications quant à la pertinence de l'arrêt *Kerr* dans les circonstances cèdent leur place au constat plutôt formel selon lequel la Cour d'appel a confirmé son adéquation en droit civil. À la lumière de l'argument du juge Mayrand, c'est la place du décideur dans la hiérarchie judiciaire, et non la force

109. J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, préc., note 86, n° 1493/7, p. 2134. La coexistence de cette proposition avec d'autres qui paraissent incompatibles nous rappelle que les textes de droit, particulièrement les ouvrages de référence à multiples éditions, deviennent des palimpsestes qui témoignent à la fois du droit passé et du droit présent. Voir Vincent FORRAY et Sébastien PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer – Essai sur la déécriture du droit*, Paris, Dalloz, 2017, nos 259-263 et 269-278, p. 208-211 et 215-223.

110. *Affaire Droit de la famille – 12399*, préc., note 73, par. 63.

persuasive du raisonnement du juge Bouchard, qui mène la magistrature à accepter l'application des principes de l'arrêt *Kerr* au Québec. Nos résultats suggèrent que les juges de première instance ne se perçoivent pas comme entièrement liés à la doctrine du *stare decisis* ou à l'autorité des tribunaux supérieurs. Cependant, ils formulent leur propre évaluation de l'applicabilité des principes de common law bien plus lorsqu'ils font évoluer le droit que lorsqu'ils suivent un précédent.

Un élément supplémentaire vient renforcer l'hypothèse selon laquelle la place d'un acteur dans la hiérarchie judiciaire compte autant, sinon davantage, que la force persuasive de son raisonnement. C'est l'acceptation des tribunaux québécois, sans discussion, des commentaires relatifs à l'enrichissement injustifié par la Cour suprême dans l'affaire *Québec c. A*. Les tribunaux québécois se sont notamment inspirés des *obiter dicta* concernant l'interprétation « g n reuse¹¹¹ » ou souple à donner à l'enrichissement injustifié dans le contexte de l'union de fait¹¹². Les remarques dans cette affaire concernent l'application des dispositions du Code civil, de sorte que la porosité du droit civil n'est pas un enjeu. Il s'avère tout de même intéressant de constater que les *obiter dicta* d'une affaire constitutionnelle—en réponse aux questions que les parties n'avaient pas à «pleinement débattues»¹¹³—s'intègrent si efficacement au discours judiciaire québécois. La Cour d'appel du Québec estime que le jugement de la Cour suprême a à remédié de façon décisive aux conséquences d'une jurisprudence trop restrictive à l'égard de la doctrine de l'enrichissement injustifié entre conjoints de fait¹¹⁴. Certains auteurs ont qualifié à la partie du jugement concernant l'enrichissement injustifié à comme  [c]e qui compte le

111. *Québec c. A*, préc., note 60, par. 117.

112. Pour les décisions qui abordent le jugement constitutionnel de la Cour suprême, voir: *Mac Rae c. Hammond*, 2014 QCCA 1359, par. 37; *Labrecque c. Carrier*, 2014 QCCA 856, par. 7 et 8; *Côté c. Laforest*, préc., note 85, par. 46-49; *Blouin c. Blais*, 2016 QCCS 6468, par. 30; *Thériault c. Parent*, préc., note 84, par. 97; *Diotte c. Leroux*, 2016 QCCQ 2277, par. 69. D'autres décisions incluent le jugement de la Cour suprême dans une note comme appui à la notion de l'approche souple ou libérale en matière d'enrichissement injustifié: *Lefebvre c. Therrien*, préc., note 85, par. 49, note 11; *Mérineau c. Préfontaine*, préc., note 85, par. 207, note 30; *Cloutier c. Berndt*, préc., note 85, par. 77, note 18; *Courteau c. Par  (Succession de)*, 2015 QCCS 5678, par. 70, note 13. L'arrêt *Kerr* paraît aussi dans le Code civil annoté de Baudouin et Renaud lorsqu'ils traitent l'article 1493 et suivants C.c.Q.: J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, préc., note 86, nés 1493/2, 1493/4, 1493/19, 1493/22 et 1493/65, p. 2133, 2134, 2135 et 2140.

113. Mathieu DEVINAT,   L'autorité des obiter dicta de la Cour suprême à, (1998) 77 *R. du B. can.* 1, 4.

114. *Mac Rae c. Hammond*, préc., note 112, par. 36.

plus dans cet arrêt¹¹⁵ » ! Au moins en théorie, l'ancienne tendance restrictive de la jurisprudence québécoise s'en trouverait ainsi écartée. Par ailleurs, les juges de première instance qui s'inspirent de ces *obiter dicta* n'ont pas recours à une formule de politesse équivalente à celle qui est employée dans le cas d'un emprunt à la common law. L'autorité qui leur est attribuée dans cet exemple suggère une « conception du droit jurisprudentiel, celle qui, calquée sur le modèle de la loi, attribue aux décisions judiciaires la capacité de former des règles de droit obligatoires¹¹⁶ » — à tout le moins lorsqu'il est question de la Cour suprême et d'une seule tradition juridique.

Si l'autorisation accordée par un tribunal supérieur paraît importante pour les juristes, l'acceptation en droit civil d'un emprunt à la common law — qu'il s'agisse de la jurisprudence ou de la doctrine — semble aussi rassurer les juges. Du moins, c'est une lecture possible des affaires qui introduisent des éléments concrets de l'analyse de la coentreprise en se référant à des jugements de première instance ou à un texte de doctrine. Quoique le tribunal de première instance puisse s'inspirer directement d'une décision de common law rendue par la Cour suprême, il peut préférer montrer, par d'autres références, que cette décision a déjà été intégrée au droit civil. Certains juges pourraient s'abstenir de citer l'arrêt *Kerr* directement puisqu'ils connaissent moins la common law et veulent éviter de se tromper. La version « civilisée » offerte par la Cour d'appel, un autre tribunal québécois ou encore un auteur civiliste paraîtrait plus facile et sûre à appliquer.

Que révèle la tendance à reproduire le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille* — 132495, quitte à omettre toute mention de l'arrêt *Kerr* ? Dans certains cas, l'omission des passages de l'arrêt de la Cour suprême, qui figurent pourtant dans les paragraphes cités du jugement de la Cour d'appel, peut refléter l'objectif louable d'alléger le texte. Comme nous l'avons reconnu, les juges n'indiquent pas toujours leurs sources et, donc, ils ne commettent pas de faute lorsqu'ils s'abstiennent de mentionner l'arrêt *Kerr*. Or, quelle que soit l'intention du décideur, cette pratique diminue l'importance évidente du jugement de la Cour suprême et accentue celle du jugement de la Cour d'appel. Il en résulte que l'emprunt à la common law perd rapidement les marqueurs de ses origines étrangères.

Est-ce le signe d'une réceptivité vorace d'un système de droit mixte qui s'est nourri, depuis ses débuts, de principes découlant d'autres traditions ?

115. Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, avec la collab. de Frédéric LEVESQUE, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 12^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2017, p. 407 et suiv.

116. M. DEVINAT, préc., note 113, 35.

Est-ce l'indice d'un inconfort causé par l'emprunt, que l'on apprivoise, camoufle ou «civilise», pour éviter d'affaiblir une tradition minoritaire qui baigne dans un océan de common law, voire pour maintenir «la fiction de la pureté du droit civil québécois¹¹⁷»? Dans un registre spéculatif, nous nous aventurerions à dire que chaque hypothèse jette probablement un peu de lumière sur le sujet. Le remplacement des références au jugement de common law de la Cour suprême par celles au jugement de la Cour d'appel nous rappelle l'élimination hâtive des sources du *Code civil du Bas Canada*. C'est un geste de purification qui, malgré ses liens avec la codification du droit français, résonne de façon particulière au Québec à cause de l'effet du système de droit et de la population, tous les deux mixtes. Quoi qu'il en soit, la nature éphémère de la reconnaissance de l'inspiration provenant de la common law renforce l'apparence d'un droit civil québécois autarcique et ainsi risque d'amener les acteurs juridiques à en sous-estimer la perméabilité. Bref, le droit québécois se révèle plus ouvert aux solutions d'autres traditions qu'il n'y paraît : l'apparence trompeuse de fermeture ne devrait toutefois pas priver les juristes et les juges en quête de justice de l'expérience de leurs homologues d'ailleurs.

De plus, l'effacement des origines étrangères risque de porter l'interprète à conclure que l'importation d'une notion dans l'ordre juridique québécois «coupe entièrement les liens entre cette notion et ses origines¹¹⁸». Selon cette conclusion, «[l]e greffon serait alors transposé dans le vocabulaire civiliste, et évoluerait par ses propres moyens à l'intérieur du droit civil, s'intégrant à ce cadre comme une innovation autonome, originale, et sans référence à la common law¹¹⁹». Il est certain que l'absorption des principes de l'arrêt *Kerr* en droit civil québécois n'incitera pas les avocats et les juges à suivre le raffinement subséquent de ses principes par les tribunaux des provinces de common law¹²⁰. Bref, l'enchaînement rapide de l'emprunt à l'absorption, puis à l'effacement des origines étrangères, donne l'apparence d'un évènement ponctuel plutôt que d'un processus d'échange perpétuel entre le droit civil et d'autres traditions.

Le rapport avec la common law mis de côté, il convient de se souvenir que la notion du partage entre conjoints de fait ne provient pas nécessairement d'ailleurs. À l'intérieur du droit civil québécois, des signes indiquent que les dispositions du Code civil «ne représente[nt] pas la texture norma-

117. M. TANCELIN, préc., note 17, à la page 28.

118. D. JUTRAS, préc., note 20, 262.

119. *Id.*

120. David FRENKEL, «Joint Family Venture: A Synthesis of the Post-*Kerr* Case Law», (2014) 34 *Can. Fam. L.Q.* 35.

tive entière¹²¹ » du droit conjugal patrimonial. Une dépendance historique (*path dependency*) pourrait expliquer pourquoi les juges québécois persistent à concevoir l'enrichissement injustifié comme la meilleure voie pour accommoder l'union de fait, malgré ses inconvénients¹²². Pourtant, la jurisprudence de la société tacite est depuis des décennies l'indice, sinon la source, de l'idée voulant que les conjoints de fait peuvent former une coentreprise dont ils se partageront les fruits¹²³.

Conclusion

À l'aide d'une étude minutieuse, nous avons décrit les réponses des juges québécois de première instance à la possibilité d'emprunter à la common law. Au début, l'emprunt a parfois été justifié par l'évaluation judiciaire de son opportunité dans un contexte donné; après l'intégration de l'emprunt par la Cour d'appel, son usage est légitimé par la permission venue d'un tribunal supérieur. Autrement dit, la pensée individuelle s'avère plus manifeste lorsque le juge innove que lorsqu'il emprunte une voie tracée par la Cour d'appel. Par ailleurs, nous avons observé l'attitude de rejet, assortie d'un vieux refrain de mises en garde contre la contamination du droit civil. Nous avons également vu les pratiques et les mécanismes d'intégration ou d'appropriation en droit civil québécois d'idées venues de la common law, qui sont parfois accompagnés d'un effacement de la trace de leurs origines. Ces constats ne circonscrivent toutefois pas la récurrence de ces gestes ni leur distribution dans l'ensemble du le paysage du droit civil.

Sans prétendre avoir sous les yeux un cas unique, nous proposons que le contexte de l'union de fait se distingue de nombreuses autres situations réglementées par le droit civil. Du point de vue juridique, le partage des compétences et la législation fédérale amènent les juges québécois à appréhender la rupture conjugale — ou plus strictement le divorce — comme une matière profondément marquée par la common law. Comme le droit du divorce est façonné par la common law même au Québec, on peut penser

121. Nicholas KASIRER, « Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law », (1995) 36 C. de D. 795, 832 (notre traduction).

122. D'après une auteure, l'enrichissement injustifié, même assoupli, ne protège pas de manière appropriée la conjointe économiquement vulnérable : Louise LANGEVIN, « Une histoire privée et du privé : conjointes de fait, exploitation et libre choix. L'enrichissement injustifié revisité à la lumière de la décision de la Cour d'appel », dans Christelle LANDHEER-CIESLAK et Louise LANGEVIN (dir.), *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité. Mélanges en l'honneur d'Édith Deleury*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 299, à la page 328.

123. Voir Christine MORIN, « La société tacite : quand les affaires se conjuguent avec l'amour », (2008) 110 R. du N. 825, 833.

que les normes qui touchent les conséquences de la rupture d'une union de fait sont, elles aussi, déterminées en partie dans un contexte de mixité¹²⁴. En d'autres termes, le droit civil serait plus réceptif dans ce champ puisqu'il est façonné par un *habitus* propre au droit de la famille¹²⁵. Il est également prévisible que certains magistrats soient peu enthousiastes à l'idée d'appliquer un régime estimé discriminatoire par cinq juges de la Cour suprême. Du point de vue sociologique et politique, l'impasse législative portant sur l'union de fait—qui dénote la myopie du droit positif ayant « abandonné » une sphère des rapports familiaux¹²⁶—pourrait encourager les juges à intervenir. En somme, la réceptivité à la common law que nous avons détaillée, quelles qu'en soient les nuances et les hésitations, n'est pas nécessairement répandue ou généralisée. Nous espérons que notre étude aura contribué à éclaircir davantage les attitudes et les pratiques des juges québécois à l'égard d'une tradition juridique autre que la leur et qu'elle inspirera de nouvelles pistes de recherche.

124. Robert LECKEY et Carol ROGERSON, « Marriage, Family, and Federal Concerns », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie DES ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 575, aux pages 578-581.

125. Toujours dans le domaine familial, les juges québécois ont toutefois réservé un accueil plus froid que leurs homologues de common law aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* [en ligne], [www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/gu_al-ug_al/pdf/gu_al-ug_al.pdf] (19 juillet 2018). Voir Jodi LAZARE, « Spousal Support in Quebec: Resisting the *Spousal Support Advisory Guidelines* », (2018) 59 *C. de D.* [à paraître].

126. N. KASIRER, préc., note 121, 833.

