

LA CONDITION DES CONJOINTS DE FAIT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

Gérald Goldstein*
Montréal

Prolongeant la politique civiliste interne de non-intervention au sein des relations entre conjoints de fait, le droit international privé québécois ne dispose d'aucune règle spécifique à ce sujet. Il en résulte un morcellement de la condition internationale de ces personnes qui se matérialisera par l'application d'une variété de lois régissant les divers effets juridiques de cette situation.

Si cette absence de statut cohérent peut sembler anachronique en regard de l'évolution des moeurs, néanmoins elle respecte la volonté des intéressés et leur condition ne sera pas si sévère si l'on accepte, comme le propose l'auteur, de soumettre l'éventuelle question préalable de leur état à la loi interne régissant chaque effet réclamé. Sous réserve de l'ordre public au sens international, ils bénéficieront ainsi au Québec de toutes les mesures que le système juridique ayant le lien le plus étroit avec chaque effet voudra bien leur attribuer.

Akin to the civil law policy not to interfere with relations between de facto spouses in domestic law, Quebec private international law provides for no particular provision for this subject. As a result, the international condition of those persons is broken down into a variety of rules governing different legal aspects of their situation. Against the background of changing habits and social mores, this absence of a coherent status seems anachronistic. However, it does respect the will of those concerned. Further, their condition will not be so bad, if as the author posits, we agree to submit, for each legal aspect for which a claim is made, the prior issue of their status to the relevant rule of domestic law. Subject to public order, in the public international law sense, those persons will, in Quebec, benefit from the measures provided for them by the legal system having the closest connexion with each legal aspect.

* Gérald Goldstein, de la faculté de droit, Université de Montréal, docteur en droit (Un. McGill), D.E.S.S. (Paris I), Montréal, Québec. Nous remercions le Fonds Stellari de sa généreuse subvention qui a permis la rédaction de cette étude, ainsi que Me Martine Thibault (avocate, LL.M., Un. de Montréal) de sa précieuse assistance de recherche et des discussions enrichissantes que nous avons tenues au cours de la rédaction de son Mémoire de maîtrise (M. Thibault, *Les obligations alimentaires entre conjoints de fait en droit international privé québécois*, Un. de Montréal, 1996).

<i>Introduction</i>	506
1. <i>Les conflits de lois relatifs à un éventuel statut des conjoints de fait en l'absence d'un statut propre en droit québécois</i>	508
1.1. <i>La catégorie de rattachement des questions relatives aux conjoints de fait</i>	508
1.2. <i>La position particulière de la question du statut des conjoints de fait</i>	510
1.2.1. <i>La loi étrangère applicable à la question principale admet un statut personnel du conjoint de fait</i>	511
1.2.2. <i>La loi applicable à la question principale n'admet pas de statut personnel du conjoint de fait mais attribue des conséquences à la situation de fait</i>	514
2. <i>La condition des conjoints de fait et les lois applicables aux divers effets d'une situation d'union de fait</i>	516
2.1. <i>Bénéfices découlant d'une loi à caractère social</i>	517
2.2. <i>Propriété des biens et résidence «familiale»</i>	517
2.3. <i>Contrats entre conjoints de fait ou au profit de l'un d'eux</i>	519
2.3.1. <i>Contrats de cohabitation</i>	519
2.3.2. <i>Contrat tacite de société</i>	520
2.3.3. <i>Assurance au bénéfice d'un conjoint de fait</i>	221
2.4. <i>Successions et donations à cause de mort</i>	521
2.5. <i>Effets de l'union de fait vis-à-vis des enfants</i>	521
2.6. <i>Protection des droits des tiers</i>	523
2.7. <i>Pension alimentaire entre conjoints de fait</i>	524
2.7.1. <i>Pension légale</i>	524
2.7.2. <i>Pension conventionnelle</i>	526
2.8. <i>Enrichissement sans cause ou constructive trust</i>	527
3. <i>Exception d'ordre public?</i>	529
<i>Conclusion</i>	533

Introduction

Il arrive souvent, étant donné l'évolution des mœurs, que deux personnes, non mariées, mais vivant ensemble depuis de longues années, de notoriété publique, «en concubinage», en «union libre» ou en «union de fait», selon les diverses expressions consacrées, forment socialement une unité familiale aussi forte qu'un couple légalement marié. En cas de rupture de cette «union libre», en raison du décès d'un «conjoint de fait» ou en cas de dissolution volontaire de leur vie commune, l'un d'entre eux peut se trouver très démuné. Pourrait-il réclamer en justice les mêmes effets que s'ils avaient été légalement mariés, ou des effets semblables, par exemple, une pension alimentaire, un droit de succession, une compensation pour l'enrichissement du patrimoine de l'autre du fait de son activité, etc.?

Certains droits admettent que cette situation de fait ait entraîné des effets juridiques, à cause de sa durée, en raison de l'apparence créée, ou pour d'autres

motifs. Il en est ainsi, par exemple, en Ontario et dans une bonne partie des provinces canadiennes de common law. Au contraire, au Québec, malgré l'évolution des moeurs, le Code civil s'est montré assez peu ouvert à ce type de situations: si les «conjoints de fait» peuvent obtenir de plus en plus souvent des avantages sociaux, en vertu de lois spéciales de droit public, le principe du mariage légal est resté fondamental dans la conception du Code civil¹. Pourtant, ces personnes peuvent rencontrer des problèmes juridiques sérieux (par exemple, relatifs à la propriété des biens utilisés par le ménage ou par rapport à des tiers créanciers, etc.), non seulement dans des situations purement internes, mais aussi, certainement même encore plus complexes, dans des situations comportant un élément d'extranéité.

Ainsi, qu'arrivera-t-il si l'un de ces conjoints, venant de l'Ontario, où s'est déroulée la situation de cohabitation, vient demander au Québec une pension alimentaire à l'autre, domicilié au Québec, ou un droit sur sa succession? Va-t-on admettre l'application d'une loi étrangère plus favorable que la nôtre? Sur quel fondement? Dans une situation internationale, quel système juridique doit définir les bénéficiaires des avantages qu'une loi accorde en principe aux conjoints de fait? Comment résoudre les éventuels conflits de lois relatifs aux conditions de fond

¹ Sur les conjoints de fait en droit interne québécois, voir notamment: F. Heleine, «Les conflits entre mariage et concubinage ou la rencontre du fait et du droit» (1978) 38 R. du B. 679; «Nouveaux 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; «Le concubinage, institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels» (1980) 40 R. du B. 624; É. Groffier, «Les époux de fait dans le droit civil du Québec», dans J.M. Eekelaar et S.N. Katz, dir., *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 235; P. Girard, «Concubines and Cohabitees: A Comparative Look at 'Living Together'» (1983) 28 R. D. McGill 977; A. Cossette, «Le concubinage au Québec» (1985) 88 R. du N. 43; S.P. Boivin, «J'me marie? J'me marie pas? Étude de la situation juridique des conjoints de fait en droit canadien», dans Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, *Le droit de la famille au Canada: nouvelles orientations*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985; L. Bédard, *L'union de fait*, 3e éd., Québec, Ministère de la justice, Direction des communications, 1985; S. Allard, S. Binette et P. Ciotola, «Le concubinage», dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit. Famille*, Montréal, Soquij, 1987, document 3; M. Gauthier, «L'union libre, un état de droit, un état de fait ou un état ambigu?», dans *Nouveaux développements en droit familial - Les aspects économiques d'une rupture*, Cowansville, Yvon Blais, 1989 à la p. 223; N. Bala et M. Cano, «Unmarried Cohabitation in Canada: Common Law and Civilian Approaches to Living together» (1989) 4 Canadian Family Law Quarterly 147; M. Giroux et A. Laurent, «Portrait critique de l'union de fait en droit québécois» (1989) 20 R.G.D. 129; É. Deleury et M. Cano, «Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches», dans J. Rubellin-Devichi, dir., *Des concubinages dans le monde*, Paris, C.N.R.S., 1990 à la p. 284; Conseil du statut de la femme, *Les partenaires en union libre et l'État*, Gouvernement du Québec, juin 1991; M. Ouellette, *Droit de la famille*, 2^e éd., Thémis, 1991 aux pp. 257-61; F. Lepage, G. Bérubé et L. Desrochers, *Vivre en union de fait au Québec*, Québec, Conseil du statut de la femme, 1992; B.M. Knoppers, C. Bernard et D. Shelton, *Les personnes et les familles*, t. 2, module 1, «Les familles de fait», Montréal, Adages, 1993; M.D.-Castelli et E.-O. Dallard, *Le nouveau droit de la famille au Québec*, P.U.L., 1993 aux pp. 416-25; D. Goubau, «Le Code civil du Québec et les concubins: un mariage discret» (1995) 74 R. du B. can. 474; J.P. Sénécal, «Le mariage. XV — L'union de fait ou le concubinage», dans *Droit de la famille québécois* (mise à jour par M. Drapeau), CCH, 1998.

(hétérosexualité, durée de cohabitation, notoriété, absence d'un époux légitime, âge légal, absence de lien par le sang, etc.) et de forme (déclaration, enregistrement, certificat, etc.) que ces personnes doivent remplir pour bénéficier de ces droits? Quelle loi doit régir les divers effets de cette situation de cohabitation?

Un nombre grandissant de personnes choisit ce mode de vie, au moins pendant un certain temps. De plus, les législations étatiques étendent progressivement leur domaine en ce milieu qui, en partie par réaction, produit lui-même ses propres normes, sous forme de contrats de cohabitation. Finalement, la mobilité des personnes concernées est le facteur supplémentaire déterminant l'importance et l'urgence d'un examen approfondi des règles du droit international privé québécois sur ce sujet. Il en est d'autant plus ainsi que le nouveau Code civil n'a rien voulu prévoir expressément, ce qui prolonge évidemment au plan international la politique québécoise de non-intervention du droit civil interne.

En nous demandant comment aborder en principe les prétentions au Québec à un éventuel *statut* des conjoints de fait fondé sur une loi étrangère, alors même que notre droit interne ne leur donne aucun régime général spécifique, il apparaît qu'ils ne bénéficieront pas ici d'un véritable *statut* (1). Néanmoins, ils seront assujettis à une certaine *condition* qui se matérialisera par l'application d'une variété de lois régissant les divers *effets* juridiques de cette situation (2). On peut aussi se demander si l'exception d'ordre public pourrait écarter une loi étrangère régissant ces effets, s'ils étaient jugés trop favorables aux conjoints de fait, étant donné l'état de notre droit interne (3).

1. *Les conflits de lois relatifs à un éventuel statut des conjoints de fait en l'absence d'un statut propre en droit québécois*

Avant d'examiner la position bien particulière de la question du statut des conjoints de fait en cas de conflits de lois (1.2.), une autre question préliminaire de définition du type de situations - en terme technique, de la *catégorie de rattachement* - étudiées se pose (1.1.).

1.1. *La catégorie de rattachement des questions relatives aux conjoints de fait*

On sait que le type de situations envisagées est assez hétérogène. Les critères utilisés en droit interne québécois ou étranger pour délimiter le domaine d'application des diverses mesures qui concernent l'union libre, les conjoints de fait ou les concubins, visent en général une relation affective relativement stable, de nature hétérosexuelle, comprenant une cohabitation pendant un certain temps². Dans certains pays, par exemple en cas de registres d'état civil

² Voir ainsi Sénécals, *ibid.* ¶ 12-385, ¶ 12-395, ¶ 12-405 et ¶ 12-415; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 aux pp. 416-17; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 aux pp. 2-5.

déficients³, on assimile cette situation au mariage. Dans d'autres, on exige des formalités d'inscription des unions de fait, ou des déclarations, ou l'on fournit des attestations pour faire bénéficier les conjoints de fait de certains avantages⁴. Dans d'autres encore, les mariages sont consensuels - pensons notamment aux quelques situations de *common law marriage* encore reconnues⁵ et au droit musulman traditionnel - c'est-à-dire que l'on n'exige pas d'officier célébrant pour former un véritable mariage. Puisque cette variété de situations se rapproche graduellement d'un mariage «normal», on peut songer à élargir la catégorie de rattachement «mariage» pour y inclure les unions de fait et pour utiliser les règles de conflits propres au mariage (c'est-à-dire au Québec, celles de l'article 3088 C.c.Q.). Au contraire, si l'on repousse cette assimilation en raison des conceptions internes et si l'on décide de créer une catégorie «union de fait», il devient nécessaire de distinguer entre ces deux catégories, à condition, toutefois, que leurs facteurs de rattachement soient différents, sinon la même loi s'appliquerait sans nécessité de choisir.

Il faut envisager ce problème cas par cas ou type de cas par type de cas, à la lueur du droit comparé. À notre avis, on devrait classer dans la catégorie «mariage» les questions relatives aux unions stables respectant consciemment et intentionnellement l'une des formes légales de leur milieu social (par exemple les unions polygames ou homosexuelles) alors qu'on peut ranger dans la catégorie «union de fait» ou d'«union libre» celles dont les partenaires se placent volontairement en dehors du cadre formel d'application de toute la législation applicable au mariage (sauf par le biais de convention), tout en reproduisant dans les faits un schéma relationnel analogue au mariage légal, mais en se réservant une possibilité de rupture libre, sans formalisme⁶. Bref, il s'agit de sélectionner de façon fonctionnelle des situations d'unions personnelles où règne le libéralisme ou, plutôt, l'autogestion.

Puisqu'il s'agit de liberté avant tout, l'élément volontaire, intentionnel, est primordial. Ainsi une prétention relative à un mariage consensuel devrait être considérée comme une véritable question de mariage si, dans le pays du milieu social des personnes concernées, cette forme d'union appartient à un type de mariage légal et consacré. Il devrait en être de même des cas de mariages non valides en raison de défaut de forme ou de fond, dont les personnes concernées n'ont pas eu conscience lors de la création de la situation, et qui pourraient être traités par le biais du mariage putatif. De même, les concubinages administrativement ou judiciairement convertis en mariage (comme il en existe notamment à Cuba, au Mexique et au Panama⁷)

³ Voir F. Boulanger, *Droit civil de la famille, Aspects internes et internationaux*, 2^e éd., t. 1, Paris, Économica, 1992 à la p. 351.

⁴ Boulanger, *ibid.* à la p. 356.

⁵ *Ibid.* à la p. 352.

⁶ Voir pour l'importance de ce dernier élément: P. Guiho, «Les concubinages en droit international privé», dans J. Rubellin-Devichi (dir.), *Les concubinages: approche socio-juridique*, t. 2, Paris, CNRS, 1986, 209 à la p. 213.

⁷ Boulanger, *supra* note 3 aux pp. 356 et 361.

devraient être reconnus comme des mariages véritables, par le biais de la procédure de reconnaissance.

Comme on le constate, la ligne de démarcation entre les deux catégories reste difficile à tracer. On peut croire que si l'on ne retenait pas la qualification «mariage», on tomberait subsidiairement dans la catégorie «union de fait». En effet, inclure le plus grand nombre de questions dans la catégorie mariage assure au plus grand nombre de personnes un véritable statut et correspond, en droit international privé, à notre politique québécoise et au grand principe consistant à favoriser la stabilité des situations personnelles⁸.

Ces observations étant faites, précisons maintenant dans quel contexte méthodologique, bien particulier en droit international privé, les questions relatives à l'union de fait se présentent⁹.

1.2. *La position particulière de la question du statut des conjoints de fait*

Dans notre exemple du couple ontarien venant au Québec, la question essentielle, principale, touche l'obligation alimentaire et la vocation successorale. La loi applicable à ces questions peut soit donner ainsi effet à un véritable *statut* personnel de conjoint de fait (1.2.1.), soit, de façon moins favorable, donner des conséquences juridiques au simple *fait* que le demandeur vivait en concubinage (1.2.2.). Examinons séparément ces deux situations, mais dans les deux cas, une question *préalable* se pose: le demandeur remplit-il la condition exigée pour obtenir l'effet recherché?

⁸ En ce sens, voir par exemple l'article 3088, al. 2 C.c.Q.

⁹ Sur les conflits de lois en matière d'union de fait, voir notamment: P.-Y. Gauthier, *L'union libre en droit international privé (étude de droit positif et prospectif)*, thèse, Paris I, 1986; P.-Y. Gauthier, «Les couples internationaux de concubins» (1991) 80 *Revue critique d.i.p.* 525; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 2, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983, n^o 417; D. Holleaux, J. Foyer et G. De Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, n^o 1122 à la p. 511; N. Watté et L. Barnich, «L'union libre en droit international privé», dans P. H. De Page et R. De Valkeneer (dir.), *L'union libre. Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 1992*, Bruxelles, Bruylant, 1992 aux pp. 300 et s.; B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991, n^o 623; P. Mayer, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, n^o 547; Guihu, *ibid.*; Boulanger, *supra* note 3 aux pp. 370-71; H. Gaudemet-Tallon, «La désunion du couple en droit international privé» (1991-I) R.C.A.D.I. 9, aux pp. 166 et s.; J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n^o 358-59; J. Talpis et J.-G. Castel, «Le Code civil du Québec. Interprétation des règles du droit international privé», dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Presses de l'Université Laval, 1993, n^o 171 aux pp. 845-46; M. Thibault, *Les obligations alimentaires entre conjoints de fait en droit international privé québécois*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1996. Voir aussi sur le sujet, les deux notes du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé: Bureau permanent, *Note sur la loi applicable aux couples non mariés*, Document préliminaire n^o 5 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, La Haye, Conférence de La Haye de droit international privé, 1992; Bureau permanent, *Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés*, document préliminaire n^o 8, t. 1, La Haye, Actes et documents de la seizième session de la Conférence, 1987, 158.

Si, par exemple, la loi successorale admet que le «conjoint de fait», en tant que tel, appartient aux successibles, il faudra savoir si le demandeur a bien ce «statut», cette position juridique. En cas de conflit entre la loi du for et la loi successorale, par exemple, il faudra sélectionner la loi applicable à cette question *préalable* de «statut personnel», selon l'une des méthodes admissibles à ce propos. De même, si une loi prévoit des dispositions relatives à un devoir spécifique de secours alimentaire envers un conjoint de fait abandonné, il faudra vérifier que la personne qui en invoque le bénéfice respecte bien les conditions pour être juridiquement qualifiée de conjoint de fait. Ainsi, si l'on veut tenir un raisonnement parallèle à celui relatif au mariage, parfois (si la loi applicable à la question principale le demande) on devra examiner la «validité» quant au fond (durée de cohabitation, caractère hétérosexuel de la liaison, absence d'un époux légitime, etc.) ou quant à la forme (renommée, déclaration, etc.) de l'«union de fait».

1.2.1. *La loi étrangère applicable à la question principale admet un statut personnel du conjoint de fait*

Dans une certaine mesure, la méthode de sélection de la loi applicable à la question préalable du statut du conjoint de fait dépendra de la position du droit interne, favorable ou non à cette situation, du juge saisi. S'il considère l'union de fait comme un quasi-mariage, s'il attribue lui-même un véritable statut aux personnes qui y participent, on peut s'attendre à trouver une règle de conflit particulière en matière d'union de fait dans son droit international privé. Mais ce n'est pas indispensable. On pourrait aussi utiliser les règles de conflit applicables au mariage et à certains de ses effets. Il suffirait d'élargir les catégories de rattachement de ces règles pour y inclure les conjoints de fait.

Au contraire, si le droit interne du juge saisi n'attribue aucun statut légal à ces personnes, mais en reste à la situation de fait, on peut s'attendre à ce qu'il utilise les règles de conflit régissant les faits (la cohabitation et les relations patrimoniales entre les concubins) et les actes juridiques (ceux relatifs à l'usage et à la propriété des biens du ménage): règles de conflit contractuelles, quasi contractuelles et extracontractuelles. Mais, même dans ce cas, rien n'empêche, bien sûr, d'adopter une règle de conflit spéciale pour ce type de situations en considération du fait que de nombreuses lois étrangères leur donnent des effets juridiques et de construire une catégorie de rattachement à partir du droit comparé¹⁰ (on trouve un essai semblable dans l'article 3078 C.c.Q. pour la qualification des biens). Toutefois, il n'est pas certain que le juge saisi se départisse ainsi de la méthode de la projection du droit interne au plan du droit international privé.

Or, en droit interne québécois, il existe quelques dispositions, de plus en plus nombreuses, il est vrai, mais éparses, essentiellement placées dans des lois de droit social ou fiscal, pour répondre à des situations particulières touchant ces personnes¹¹.

¹⁰ Gauthier, «Les couples internationaux de concubins», *ibid.* à la p. 530.

¹¹ Voir ainsi: ; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 aux pp. 420-21; Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-460 et ¶ 12-525; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 3.

Mises à part quelques mesures ponctuelles (article 1938 C.c.Q., accordant un droit au maintien dans les lieux au conjoint de fait du locataire; article 553 (11) C.proc. civ., limitant les salaires saisissables si le débiteur pourvoit aux besoins de son conjoint de fait, etc.), la conception civiliste québécoise reste de ne pas spécialement reconnaître un statut général en tant que tel aux conjoints de fait¹². Logiquement, on ne trouve pas de règle de conflit québécoise traitant spécifiquement du sujet.

Par conséquent, pour traiter des conjoints de fait en droit international privé québécois, on va recourir aux règles de conflit existantes, applicables aux autres statuts¹³. Ces solutions fragmentaires projettent logiquement en droit international privé la conception du droit civil québécois, pas spécialement favorable à ces conjoints, nécessitant de recourir au droit commun¹⁴. Mais quelles règles de conflit utiliser? Tout dépend de la qualification des questions posées.

Si la loi applicable à la question principale (obligation alimentaire, succession, prestation compensatoire ou autre) exige comme condition que le bénéficiaire ait le *statut* de conjoint de fait, il nous semble logique de recourir à la règle de conflit de principe relative au statut personnel, c'est-à-dire, dans le cas du droit international privé québécois, à la loi du domicile de ces personnes, pour répondre à cette question. En effet, même si nous n'avons pas de règle de conflit particulière à ce sujet, et même si en droit civil interne les personnes en concubinage n'ont pas de véritable statut, dans l'optique d'une qualification synthétique des questions posées, nous devons reconnaître qu'il s'agit quand même d'une question relative au «statut» personnel - le mot est ici utilisé par référence à la tradition statutiste et non selon son sens commun - dès lors que les conjoints de fait forment une sorte de «famille» et puisque cette question concerne directement les personnes. Par contre, au plan des principes, rien ne nous semble autoriser à étendre la catégorie de rattachement du mariage à cette situation¹⁵. Donc on devrait recourir à la loi de leur domicile selon l'article 3083 C.c.Q. et non selon l'article 3088 C.c.Q.¹⁶

Ceci peut poser des problèmes quant au facteur de rattachement approprié et quant à diverses situations de conflit mobile (si les parties changent de domicile au cours du temps) ou transitoire (si la loi étrangère du domicile a été modifiée au cours du temps). Toutefois, ce type de conflit est habituel lorsqu'on fait appel à cet élément localisateur.

Ainsi, peut-on attribuer un «statut» de conjoint de fait à l'un d'entre eux si sa loi l'admet, alors que celle du domicile de l'autre s'y oppose? Évidemment,

¹² Voir aussi: Goubau, *supra* note 1 à la p. 476; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 417.

¹³ Voir en ce sens: Talpis et Castel, *supra* note 9, n° 171 aux pp. 845-46; Thibault, *supra* note 9 aux pp. 62 et s.

¹⁴ Voir Goubau *supra* note 1 à la p. 476; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 418.

¹⁵ *Contra*: Talpis et Castel, *ibid.*, mais voir la note suivante.

¹⁶ Voir dans le même sens: J. Talpis, «Quelques considérations visant la prévention des conflits en matière de validité du mariage en droit international privé québécois et en droit de l'immigration familiale», dans *Développements récents en droit de l'immigration (1998)*, Éditions Yvon Blais, 1998, 135, à la p. 153.

cette situation ne pourrait se présenter que dans les rares cas où les personnes concernées ne sont pas domiciliées au même endroit, bien qu'elles aient une résidence commune au moment pertinent. Y a-t-il, comme dans le mariage, des empêchements bilatéraux ou plutôt chacun est-il régi, distributivement, par sa propre loi? A priori, la deuxième solution peut sembler préférable car il s'agira souvent, pour l'un des pseudo-conjoints, d'obtenir un avantage, un effet juridique pour lui-même, en raison d'une situation de fait, et non une déclaration d'état qui vaudrait pour les deux (au contraire d'une déclaration d'état d'époux qui empêcherait l'un et l'autre de se remarier). Mais il peut arriver qu'une telle déclaration les affecte tous les deux, par exemple au plan fiscal ou dans le cadre d'avantages attribués par une loi de droit social. On devrait alors appliquer la loi de la résidence commune, en invoquant la clause échappatoire (article 3082 C.c.Q.) pour écarter la loi du seul domicile de l'un d'eux.

À ce propos, il est certain que l'acceptation de ce statut, le cas échéant, doit dépendre de la loi du milieu social des personnes concernées. Or le domicile n'est pas toujours indicatif du milieu ayant le lien le plus étroit¹⁷. Il serait possible de l'écarter et de faire appel à un autre facteur de rattachement par le biais de la clause échappatoire. La résidence habituelle nous paraît constituer un facteur plus pertinent, même s'il est moins stable. On devrait désigner, en toute logique, la loi de la *résidence habituelle commune* des conjoints de fait¹⁸: en l'absence d'une telle résidence, on ne saurait parler d'union de fait puisqu'il manquerait la cohabitation, élément essentiel pour la définir¹⁹.

En cas de conflit mobile, on devrait retenir la résidence ayant les liens les plus étroits avec la situation, qui sera souvent la dernière résidence habituelle commune.

Mais ces solutions aux conflits de lois relatifs au statut du conjoint de fait, juste ébauchées, risquent en définitive de ne pas être d'une grande utilité pratique. En effet, il est très improbable que la question de savoir si telle personne a bien le «statut» de «conjoint de fait» se présente toute seule puisque les personnes concernées cherchent l'absence de formalisme et de reconnaissance publique. Nous l'avons dit, il ne s'agira normalement que d'une question préalable à une question principale relative à ses «effets» juridiques²⁰. Mais cette position en tant que question préalable exige que l'on puisse y répondre selon une méthode appropriée.

¹⁷ Voir cependant à ce sujet l'article 39 de la loi yougoslave du 15 juillet 1982, cité dans S. Cigoj, «Loi yougoslave, traduction et commentaire», (1983) 72 *Revue critique* d.i.p. 353, à la p. 360: «Art. 39: 1) Les rapports patrimoniaux des personnes vivant en union libre sont régis par le droit de l'État dont elles sont ressortissantes. 2) Si les personnes mentionnées à l'alinéa 1^{er} du présent article n'ont pas de nationalité commune, est applicable le droit de l'État dans lequel elles ont leur domicile commun»

¹⁸ Voir en ce sens: Batiffol et Lagarde, *supra* note 2, n° 417; Holleaux, Foyer et De Geouffre de la Pradelle, *supra* note 9, n° 1122 à la p. 511; *Ferreira c. Cristovao*, Tr. Gr. inst. Paris, 21 novembre 1983, (1984) *Revue crit. d.i.p.* 628, note P. Lagarde.

¹⁹ Voir *Droit de la famille - 117*, [1986] R.J.Q. 638, 646 (C.A.); Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 3; Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-385.

²⁰ Comparez avec Sénécal, *ibid.*, ¶ 12-415 à la p. 740.

Va-t-on utiliser notre règle de conflit relative au statut personnel, avec sa catégorie élargie, ou la règle de conflit du système juridique régissant la question principale (celles des lois applicables à la succession, celle de la loi applicable à l'obligation alimentaire), ou encore la loi interne de ce dernier système? Nous tombons sur une question théorique dont nous avons traité ailleurs²¹ et nous pouvons simplement rappeler ici notre opinion. En principe, il est plus simple d'ignorer la théorie des questions préalables. Toutefois l'article 3082 C.c.Q. peut justifier, dans des cas exceptionnels, d'appliquer une loi différente de celle désignée selon notre règle de conflit, au bénéfice de la loi *interne* du système désigné pour régler la question principale (succession, etc.).

Or, les questions relatives à l'union de fait pourraient justement constituer un type de cas où il paraîtra plus approprié, du point de vue du principe de la désignation de la loi ayant objectivement les liens les plus étroits avec un type de situations (principe dit de *proximité*), de faire appel à la notion de conjoint de fait *de la loi qui en attribue les effets recherchés*²². Il en est d'autant plus ainsi que l'on ne reconnaît pas officiellement cette notion dans notre droit civil et qu'il n'y existe aucune règle de conflit de droit à cette situation.

Certes, on peut regretter qu'on accepte alors de faire éventuellement dépendre le sort des conjoints de fait de chaque effet demandé. Mais cette solution, entraînant une certaine imprévisibilité et un dépeçage peu utile, n'est que la projection en droit international privé de notre conception québécoise actuelle interne. Elle a toutefois le mérite d'accommoder tous les systèmes juridiques étrangers plus libéraux ou plus explicites que le nôtre. De cette manière, on concilie aussi harmonieusement que possible les conceptions divergentes des différents systèmes ayant les liens les plus étroits avec chaque question sans trop porter préjudice aux intéressés. Ainsi, sous réserve de l'intervention de l'ordre public (article 3081 C.c.Q.), on pourrait faire bénéficier des conjoints de fait homosexuels des dispositions de la loi applicable au fond de la question posée (droit à des aliments, bénéfice du *constructive trust*, etc.) si celle-ci les inclut dans sa définition des «conjoints de fait». D'ailleurs, dans une certaine mesure, la prévisibilité pourrait résulter de la passation de «contrats de cohabitation».

1.2.2. *La loi applicable à la question principale n'admet pas de statut personnel du conjoint de fait mais attribue des conséquences à la situation de fait*

Dans le cas où la loi successorale ou celle applicable à l'obligation alimentaire ne reconnaît aucun statut en tant que tel aux conjoints de fait, mais en reste à une situation de fait («le concubinage», la cohabitation), il y aura tout de même lieu de vérifier que les conditions matérielles exigées par cette loi

²¹ G. Goldstein et É. Groffier, *Traité de droit civil. Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*, Éditions Y. Blais, 1998, n° 78-80.

²² Voir en ce sens, pour la vocation successorale du conjoint de fait: Guiho, *supra* note 6 à la p. 211.

soient remplies (condition de durée, de réputation, etc.) pour leur attribuer les effets juridiques qui en découleront, sans nécessité de passer par une étape de qualification du statut des personnes en cause. Dans ce cas, la question «préalable» du respect des conditions nécessaires exigées pour obtenir certains droits en tant que conjoints de fait sera évidemment assujettie à la loi applicable à la question «principale» de ces effets.

De même, si le droit québécois doit régir la question dont le juge est saisi, il ne faudra pas rechercher un éventuel *statut* du conjoint de fait, du moins si la question touche le droit civil. Par exemple, dans le cas d'une demande afin d'obtenir une pension alimentaire, si, en vertu de l'article 3094 C.c.Q., le rattachement par le domicile mène à la loi québécoise, celle-ci donne une pension alimentaire à l'épouse légale, mais non à une concubine sans enfant, quelle que soit la durée de cohabitation. Si la concubine a un enfant, en vertu des articles 522 et 585 C.c.Q., elle pourra obtenir une pension alimentaire pour celui-ci, sans devoir prouver un statut quelconque, mais il faudra néanmoins démontrer que les conditions matérielles exigées par le droit québécois sont remplies (besoin, etc.)²³.

De même, si le droit étranger applicable à la question principale admet certains effets à l'union de fait sans reconnaître un vrai statut, la question sera formulée en termes d'exécution d'un contrat, d'un quasi-contrat ou en considération de règles extracontractuelles. Il nous suffira d'utiliser les règles de conflit générales dont nous disposons pour ces domaines.

Certains problèmes particuliers pourraient se poser s'il s'agissait d'une question relative à un partage *légal* des biens utilisés en commun à la suite d'une «rupture» de l'union de fait²⁴, à une prestation compensatoire, ou, plus généralement, posée en terme d'enrichissement injustifié. Nous allons en traiter plus bas. Certains auteurs²⁵ proposent une analyse plus favorable à l'union de fait que celle que nous soutenons. On pourrait considérer, dans le cas d'un droit compétent pour régir la question principale qui ne donnerait d'effet qu'à un mariage légal, qu'il faut quand même se poser la question (préalable) de savoir si la loi applicable à leur statut les *assimile* à des époux, comme le fait la loi ontarienne²⁶ par exemple, au moins pour les fins de l'effet recherché, comme une obligation alimentaire. En cas d'assimilation, selon cette position, on pourrait les soumettre à l'obligation alimentaire du droit applicable à la question principale, même si celui-ci la réserve aux époux légaux.

Cette conception sous-entend l'existence d'un véritable statut personnel des conjoints de fait, ayant valeur universelle, qui s'imposerait de lui-même et dont il y aurait lieu d'établir la valeur juridique par rapport au mariage légal. Nous ne pouvons suivre cette solution car nous pensons qu'en réalité, ce n'est

²³ Sur ces conditions, voir notamment: Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-660; D. Goubau, «Les aliments», dans *Droit de la famille québécois*, vol. 2, CCH, 1998, ¶ 60-140.

²⁴ F. Boulanger (*supra* note 3 à la p. 366) cite à ce sujet des lois de la Bolivie (1972) et de l'Équateur (1979).

²⁵ Watté et Barnich, *supra* note 9, n° 35.

²⁶ *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O., c. F-3, art. 29.

pas répondre à une question préalable que d'en poser une nouvelle, différente, qui ne découle d'aucune condition demandée par le droit applicable à la question principale. Celui-ci ne demande pas de savoir si les personnes concernées *peuvent être assimilées à des époux* mais uniquement *si elles sont mariées* ou non. La solution que nous critiquons ferait plutôt intervenir de force une conception propre du for à la charnière entre ces deux questions, avec pour résultat de dénaturer le droit applicable à la question principale. Bien sûr, la solution serait différente si la loi applicable à la question principale accordait elle-même ses bénéfices aux époux et aux personnes assimilées à eux.

Cette position exige de rapprocher ce type de situations du statut des époux polygames. En effet, cette analyse, que nous n'acceptons pas de suivre en matière de conjoint de fait, correspond pourtant à celle qui s'impose pour les époux polygames. Or, la seconde épouse, habitant de fait avec celui qui est déjà marié avec une autre, n'a pas une situation matérielle très différente de celle de la conjointe de fait, spécialement si cette cohabitation a lieu alors que l'un des concubins est déjà marié. Pourtant, il nous semble indiqué d'accepter cette analyse en terme de statut pour l'époux polygame et non pour le conjoint de fait car le premier est réellement marié, en vertu d'un système juridique différent du nôtre, certes, mais selon la conception majoritairement acceptée dans son milieu d'origine. Il faut donc nécessairement se poser la question de la validité de ce mariage avant celle de ses effets. Au contraire, les conjoints de fait - l'argument est classique - posent volontairement leur relation en dehors du mariage légal. Il n'y a pas lieu de modifier cette volonté commune à l'origine du couple même si l'un d'eux veut soudain se raccrocher à un cadre juridique plus formel. Cette prétention à un véritable statut, différent mais proche de celui d'époux, peut, en effet, sembler paradoxale puisque, comme l'exprime si justement le professeur Lagarde, «la cohabitation exprime souvent le choix d'un mode d'existence aussi libéré que possible des contraintes législatives»²⁷.

En conséquence et malgré ce refus d'un *statut* particulier au plan du droit international privé, il faut envisager le sort ou la *condition* des conjoints de fait en droit international privé québécois car les diverses situations les mettant en cause peuvent présenter des difficultés pratiques particulières. Dans cette perspective, examinons donc les lois applicables aux effets d'une situation d'union de fait.

2. La condition des conjoints de fait et les lois applicables aux divers effets d'une situation d'union de fait

Nous allons d'abord examiner en quoi la situation d'union de fait présente des spécificités au plan de la loi applicable à des effets que des époux légalement mariés pourraient aussi bien réclamer (2.1. à 2.6), en reportant aux derniers

²⁷ P. Lagarde, commentaire de l'article de P. Sarcevic («Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft im internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der jugoslawischen Teilrechte», *Das Standesamt*, 1981 aux pp. 176-82), (1981) 70 *Revue crit.* d.i.p. 830 à la p. 831.

paragraphes l'étude de certains effets particulièrement épineux, à savoir la question de l'attribution d'une éventuelle pension alimentaire (2.7.), ou spécifiquement demandés par des conjoints de fait lors de la fin de leur «union»: le bénéfice de l'enrichissement sans cause ou d'un *constructive trust* de common law (2.8.).

2.1. *Bénéfices découlant d'une loi à caractère social*

Lorsqu'il s'agit de savoir si telle ou telle loi particulière à caractère social (comme la *Loi sur le régime des rentes* ou la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*²⁸) procure un bénéfice à un conjoint de fait, domicilié ou résident au Québec ou non, il faut se reporter directement à ses dispositions définissant son domaine d'application dans des situations internationales ou, à défaut, à ses règles d'interprétation. Il n'y a pas ici de conflit de lois, donc la méthode consiste à déterminer ce domaine de manière unilatérale, ce qui implique des possibilités de cumuls et de lacunes. Il y a d'ailleurs peu de chances pour que l'on saisisse un juge québécois de la question de l'applicabilité d'une loi étrangère de ce type puisque, normalement, la demande concerne directement une administration étrangère.

2.2. *Propriété des biens et résidence «familiale»*

On soumettra les litiges purement relatifs à la *propriété des biens* utilisés par le ménage à la règle de conflit relative aux droits réels²⁹, c'est-à-dire à la loi du lieu de leur situation selon l'article 3097 C.c.Q., ce qui nécessitera éventuellement d'examiner la loi applicable aux divers contrats transférant des droits réels sur ces biens que les conjoints de fait auraient pu passer entre eux. Mais ceci ne concerne pas les éventuels pouvoirs légaux qu'aurait un tribunal, selon une loi étrangère, de partager ces biens, indépendamment de leur propriété, lors de la rupture.

En ce qui concerne la *protection de la résidence commune*, le droit québécois n'attribue aucun droit aux conjoints de fait³⁰: l'un d'eux peut aliéner les meubles à l'usage du ménage qui s'y trouvent, s'il en est propriétaire; il peut mettre fin au bail; il ne reçoit aucun droit à l'usage des biens, etc. Toutefois, selon l'article 1938 C.c.Q., il peut bénéficier du droit au maintien dans les lieux loués. D'autres législations peuvent être plus favorables à ces personnes. Comment régler les conflits de lois en ce domaine? Va-t-on appliquer la règle de conflit réelle? Devrait-on utiliser l'article 3089 C.c.Q., relatif aux effets du mariage, en assimilant ces personnes à des époux si leur loi personnelle, ou,

²⁸ Respectivement: L.R.Q., c. R-9, art. 91.1 (notamment) et L.R.Q., c. A-3.001, art. 2 (notamment).

²⁹ Voir aussi: Watté et Barnich, *supra* note 9 à la p. 304. En droit québécois interne, on applique en principe aussi les règles du droit des biens: voir Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-680.

³⁰ Voir ainsi: Sénécal, *ibid.*, ¶ 12-690; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 418.

plutôt, si la loi gouvernant ces effets le permet? Ne peut-on traiter les questions par le biais des lois applicables aux contrats passés en fraude de ces droits?

Du point de vue méthodologique, d'abord, si la loi étrangère en question *assimile* les conjoints de fait à des époux pour leur accorder un certain droit sur la résidence, il y a lieu, selon la méthode que nous préconisons, fondée sur la clause échappatoire (article 3082 C.c.Q.), d'examiner d'abord la question préalable de leur statut en vertu des règles internes de la loi applicable à la question principale. La même question épineuse réapparaît: laquelle? En vertu de quelle qualification?

Parfois, il s'agira d'une obligation légale de transférer un droit réel, fondée sur l'équité, dans une situation d'enrichissement injuste. Il nous paraît alors difficile de ne pas avoir recours à la même qualification que celle qui nous semble appropriée pour le *constructive trust*, que nous examinerons plus loin (au paragraphe 2.8.). Parfois, il s'agira uniquement d'assurer une certaine protection au concubin, comme le droit au maintien dans les lieux, ou le droit de s'opposer à certains actes (vente, etc.). Le caractère impératif de notre législation sur les baux résidentiels pourrait mener à une qualification comme règle d'application nécessaire de l'article 1938 C.c.Q., applicable aux baux passés sur des immeubles au Québec. Quant aux dispositions similaires des lois étrangères, elles posent le problème général de la qualification des questions qui les concernent, comme les autres dispositions protectrices de la résidence familiale, à moins de les considérer aussi comme des règles d'application nécessaire.

Si l'on utilise la méthode conflictuelle traditionnelle, puisqu'il s'agit de protéger certaines personnes, on pourrait songer à l'application de la loi personnelle, c'est-à-dire à la loi du domicile comme pour les époux légaux ou, plutôt, par le biais de la clause échappatoire, à celle de la résidence en question. Mais, si notre conception interne est de nier qu'il existe un statut propre aux conjoints de fait, il est assez difficile d'accepter cette solution.

On peut aussi envisager de traiter l'éventuelle obligation légale de demander l'accord du conjoint de fait pour aliéner un bien soit comme une question d'opposabilité des contrats passés en violation de cette obligation, soit comme une question de capacité contractuelle particulière. Par une qualification contractuelle de cette prétention, on devrait appliquer la loi régissant le fond des actes (loi choisie ou loi objectivement applicable), c'est-à-dire les articles 3111 à 3114 C.c.Q. On ouvrirait alors la porte au choix préventif d'une loi écartant toute protection au conjoint de fait.

En définitive, quand elles existent au bénéfice des époux légitimes, ces mesures de protection sont des limites légales aux pouvoirs du propriétaire sur un bien en raison du mariage, qualifiées en conséquence d'effets patrimoniaux du mariage. On écarte la qualification réelle car, en principe, les époux ne reçoivent que des droits personnels par ce biais. Pour des conjoints de fait, par analogie, la loi de leur domicile commun, applicable en tant que loi personnelle, relative à leur état, devrait donc régir cette question si on la posait à un juge québécois, à moins d'invoquer la théorie des règles d'application nécessaire étrangères (ce qui nous paraît très peu probable dans ce type de cas). En cas

d'absence de domicile commun, il y aurait lieu d'appliquer la loi de la résidence commune, en vertu de l'article 3082 C.c.Q., qui sera aussi la loi de situation de la résidence. En fin de compte, on retrouve les mêmes rattachements que pour les époux légitimes.

2.3. Contrats entre conjoints de fait ou au profit de l'un d'eux

2.3.1. Contrats de cohabitation

Les «*contrats de concubinage*» ou de cohabitation (y compris les donations entre vifs) seront régis par les règles générales ou particulières (notamment en cas de vente) applicables aux obligations contractuelles³¹, sous réserve, bien sûr, de l'exception d'ordre public³². Ainsi, dans *Hallé c. Goyer*³³, la Cour supérieure a appliqué l'article 3111 C.c.Q. à un contrat de cohabitation entre conjoints de fait soumis expressément à la loi ontarienne. En cas de contrat sans choix de la loi ou si celle-ci annule le contrat, on devra déterminer la loi ayant les liens les plus étroits avec l'acte selon l'article 3112 C.c.Q., puisqu'il n'est pas possible, en général, de déterminer une prestation caractéristique, sauf probablement en cas de convention alimentaire (application de la loi de résidence du débiteur, selon l'article 3113 C.c.Q.). On devrait donc désigner en principe la loi du lieu de la cohabitation, c'est-à-dire celle de la *résidence habituelle commune* des conjoints de fait, ou encore la loi du *lieu de situation* des biens éventuellement concernés³⁴.

En tout cas, comme l'affirme justement un auteur, l'autonomie de la volonté devrait être plus largement acceptée pour l'union libre que pour le mariage légal³⁵. On acceptera ces contrats portant sur les relations pécuniaires des parties (partage et usage des biens, indemnité conventionnelle de rupture) sans trop de problèmes, même s'ils renvoient à un régime matrimonial légal ou s'ils le recopient. Mais l'ordre public risque plus de se manifester s'ils concernent les relations personnelles (indemnité conventionnelle en cas

³¹ Sur ces règles générales, voir: G. Goldstein, «Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec» (1993) 53 R. du B. 199-82; J. Talpis, «Choice of law and Forum Selection Clauses under the New *Civil Code of Quebec*» (1994) 96 R. du N. 183; «Dispute prevention and Dispute Resolution Post NAFTA: Choice of Law and Forum Selection Clauses» (1995) 26 R.G.D. 27-68.

³² Mais ces contrats sont admis en droit interne québécois: voir Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-540; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 419; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 aux pp. 5-7; M. Guy, «Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89» (1981) C.P. du N. 157; J. Sylvestre, «Les accords entre concubins» (1981) C.P. du N. 195.

³³ [1998] R.D.F. 529 (C.S.).

³⁴ Voir en ce sens: Watté et Barnich, *supra* note à la p. 304. En faveur de la loi contractuelle, en général, voir: Talpis, *supra* note 16 à la p. 153.

³⁵ Carlier, *supra* note 9, n° 359 à la p. 354.

d'abandon, obligation de cohabitation, de fidélité, etc.) ou la répartition entre eux des droits relatifs aux enfants (éducation, droit de garde, de visite). La licéité de leur objet devra être conforme à la loi contractuelle mais aussi aux conceptions de l'ordre public, au sens international, du juge québécois. Par exemple, selon un contrat de cohabitation assujéti à la loi ontarienne (art. 53 (1) de la *Loi sur le droit de la famille*), les parents concubins pourront décider conventionnellement entre eux des droits d'éducation de leurs enfants, mais non du droit de garde ou de visite. La reconnaissance et l'exécution des obligations conventionnelles relatives aux aliments, à la frontière entre ces deux catégories, ne devraient pas poser de problème au Québec puisque, comme nous le verrons plus bas, on les admet en droit interne.

Une sorte de contrats, particulièrement utiles pour les conjoints de fait, pourrait poser des difficultés spécifiques: ceux accordant des droits sur les biens de l'autre lors du décès, comme les tontines, les clauses d'accroissement ou les acquisitions de biens en *joint tenancy*, dans la mesure où ils porteraient atteinte éventuellement à la prohibition des pactes sur succession future³⁶.

2.3.2. *Contrat tacite de société*

Il est courant, au moins en droit civil, que l'un des conjoints de fait essaie de prouver qu'il s'est formé un *contrat tacite de société* lors de la cohabitation afin de la liquider et de partager certains biens lors d'une rupture. Si l'on peut y voir une sorte d'équivalent fonctionnel à la dissolution d'un régime matrimonial, en droit interne québécois, on exige des conditions assez strictes pour admettre cette prétention³⁷. Dans une situation de conflit de lois, si l'on invoquait une loi étrangère dont les conditions étaient différentes de la nôtre, il faudrait utiliser les règles de conflit contractuelles générales pour déterminer s'il s'est valablement formé un contrat de société³⁸. En l'absence de choix exprès ou implicite (article 3111 C.c.Q.), il faudrait appliquer la loi ayant les liens les plus étroits avec cet «acte» (article 3112 C.c.Q.), étant donné qu'il n'existe pas vraiment de prestation caractéristique (article 3113 C.c.Q.) en ce domaine. On devrait examiner l'ensemble des circonstances et il nous semble qu'elles devraient désigner la *loi du lieu de la cohabitation*, celle de la *résidence commune* des

³⁶ Sur ce sujet, voir G. Bras Miranda, *La prohibition des pactes sur successions futures*, Éditions Y. Blais, 1999; voir aussi en général sur le sujet: J. Talpis, «La planification successorale dans le nouveau droit international privé québécois» (1995) R. du N. 251-99, 427-49.

³⁷ Le seul fait de la cohabitation ne suffit pas pour créer une telle société entre les concubins: il faut notamment qu'il existe un apport de chacun au fonds commun et un objectif de profit matériel pendant la vie commune, lié à une intention de fonder une société: voir *Beaudouin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; Ouellette, *supra* note 1 aux pp. 257-60; Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-720, ¶ 12-750, ¶ 12-760; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 aux pp. 6 et 11; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 423.

³⁸ *Contra*: Talpis, *supra* note 16 à la p. 157, qui suggère l'application de l'article 3083 al. 2 C.c.Q. (régissant les personnes morales).

conjoints de fait. On rejoint la solution donnée à la prétention d'un enrichissement injustifié que nous examinerons plus bas.

2.3.3. Assurance au bénéfice d'un conjoint de fait

On déterminera les règles relatives aux *assurances* prises au bénéfice de l'un des conjoints de fait³⁹ en vertu de l'article 3119 C.c.Q. ou des règles de conflit générales contractuelles, le cas échéant lorsque l'article 3119 ne désigne pas la loi applicable. Par exemple, un résident québécois ayant fait une demande d'assurance-vie au Québec peut révoquer la désignation de son conjoint de fait comme bénéficiaire, sauf stipulation contraire à cet effet dans la police ou dans un écrit distinct d'un testament, selon l'article 2449 C.c.Q., applicable en vertu de l'article 3119 C.c.Q.

2.4. Successions et donations à cause de mort

Quant à la validité des *donations à cause de mort* au bénéfice des conjoints de fait, on devrait appliquer les règles de conflit successorales normales (articles 3098 et suivants).

Au plan du *droit des successions*, de même, les lois successorales gouverneront la vocation successorale du conjoint de fait survivant⁴⁰: on nommera ce conjoint soit en tant que successible testamentaire, soit en tant que successible légal (*ab intestat*) en sa qualité⁴¹. Dans ce dernier cas, il faudra préalablement vérifier qu'il respecte les exigences de ces mêmes lois successorales quant à son «statut» de conjoint de fait. Puisque la vocation successorale légale du conjoint de fait survivant est le plus grand symbole de l'intégration de celui-ci dans la famille du défunt, il est logique de placer cette question sous le contrôle de la loi successorale⁴².

2.5 Effets de l'union de fait vis-à-vis des enfants

En ce qui concerne *la situation des enfants des concubins*, on soumettra les questions d'établissement et d'effets de la filiation, de pension alimentaire, de succession aux parents aux règles de conflit normalement applicables à ces questions comme si les enfants étaient légitimes. Ceci est une projection de notre conception interne voulant que ces enfants aient les mêmes droits que les

³⁹ En droit interne, voir Sénécal, *supra* note 1, § 12-540 à la p. 743; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 422; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 8.

⁴⁰ Voir en ce sens: P. Guiho, *supra* note 1 à la p. 210; Talpis et Castel, *supra* note 9, n° 171 à la p. 846; Talpis, *supra* note 16 à la p. 153.

⁴¹ En droit interne, voir D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 422; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 7.

⁴² Voir: Bureau permanent, *Note sur la loi applicable aux couples non mariés*, Document préliminaire n° 5 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, La Haye, Conférence de La Haye de droit international privé, 1992, Annexe II, par V. Judels, à la p. 56.

enfants nés en mariage (article 522 C.c.Q.). Néanmoins, si l'une des lois étrangères éventuellement compétentes en vertu de ces règles attribuait moins de droits à ces enfants qu'à des enfants légitimes, notre article 522 C.c.Q. serait un fondement d'intervention de l'exception d'ordre public (article 3081 C.c.Q.) menant à l'application du droit interne québécois.

La doctrine⁴³ a toutefois justement fait remarquer qu'au plan de l'établissement de la filiation, la présomption de paternité de notre article 525 C.c.Q. ne s'appliquait qu'au cas d'un couple marié, alors que d'autres législations, parmi lesquelles on trouve certaines lois des provinces canadiennes de *common law*⁴⁴, l'étendent à l'égard du conjoint de fait. L'égalité n'est donc pas totale entre enfants nés dans et hors mariage. Si deux personnes domiciliées au Québec ont un enfant alors qu'elles vivent en union de fait lors de sa naissance, et que l'une d'entre elles a la nationalité d'un État dont la loi instaure une présomption de paternité à l'égard du conjoint de fait, la filiation pourra donc être ainsi établie en vertu de l'article 3091 al. 1 C.c.Q.

De même, en matière d'*adoption*, des conflits de lois pourraient surgir du fait que certaines lois, à la différence du droit québécois (articles 546 et 555 C.c.Q.), ne permettent l'adoption que si les parents sont légalement mariés. Puisqu'il s'agit de conditions relatives aux adoptants, il y aurait lieu d'appliquer notre règle de conflit *implicite* qui désigne la loi du domicile de l'adoptant (marié aussi bien que conjoint de fait) pour régler cette question. Toutefois, on pourrait se demander, lors de l'ordonnance de placement de l'enfant au Québec, en vertu de l'article 568 C.c.Q., ou lors de la reconnaissance d'une décision d'adoption étrangère, selon l'article 574 C.c.Q., si le consentement des parents biologiques, ou de l'autorité compétente pour donner ce consentement, a été respecté puisque celui-ci dépend de la loi de leur domicile (article 3092 C.c.Q.) et qu'il est difficile d'admettre qu'il aurait éventuellement été *validement* donné au profit de conjoints de fait en violation de leur propre loi⁴⁵. L'article 568 al.

⁴³ D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 418; Goubau *supra* note 1 à la p. 480.

⁴⁴ Voir par exemple: *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c. C-12, art. 8(4); *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, art. 1; *Parentage and Maintenance Act*, S.A. 1990, c. P-0.7, art. 12; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, art. 61.2(1)(d); *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c. F-20, art. 23(e), cités par Goubau, *ibid.*

⁴⁵ La jurisprudence québécoise est actuellement partagée au sujet de la portée exacte qu'il y a lieu de donner à l'obligation de respecter le consentement des parents naturels. Voir: *Droit de la famille - 2954*, [1998] R.J.Q. 1317 (C.Q.) (reconnaissance d'un jugement d'adoption du Cameroun alors que les parents furent informés des effets de l'adoption en droit québécois au motif: «si la Cour est saisie d'une demande en reconnaissance d'un jugement d'adoption, elle n'a pas à s'assurer de la similitude des effets entre les deux lois [...] car, en cette matière, le législateur n'a pas opté pour le cumul des deux lois applicables [...], mais plutôt privilégié l'application de la loi du domicile des adoptants» (*ibid.* à la p. 1324, par l'honorable juge O. D'Amours); *contra Droit de la famille - 1904*, [1994] R.D.F. 167 (C.Q.) (refus de reconnaissance d'une décision marocaine de *Kafala*, sorte d'ordonnance de tutelle); *Protection de la jeunesse - 898*, [1997] R.J.Q. 1806 (C.Q.) (refus de reconnaissance d'un jugement d'adoption simple du Bénin, alors que la loi du Bénin connaît aussi l'adoption plénière au motif: «Conférer à toute adoption simple prononcée à l'étranger les effets de l'adoption au Québec serait faire fi du consentement à l'adoption dont le tribunal doit vérifier le respect (art. 574 et 3092 C.C.Q.)» (*ibid.* à la p. 1810 par l'honorable juge Marie L. Prévost).

1 C.c.Q. exige expressément que le consentement ait été «*valablement donné*» et l'article 574 al. 1 C.c.Q. que l'on respecte les «*règles concernant le consentement*». Autrement dit, même si, *matériellement*, ce consentement a été donné en toute connaissance de cause - ce qui n'est pas toujours le cas - encore faut-il qu'il soit valable. Or sa validité semble bien dépendre, selon notre article 3092 C.c.Q., de la *loi* du domicile des parents biologiques (ou de l'autorité qui les remplace). Donc, à moins de découvrir dans cette loi une règle matérielle à but international précisant qu'ils peuvent consentir à une adoption internationale dans des circonstances différentes de celles de l'adoption interne dans le pays de l'adoptant, un tel consentement ne sera pas valide selon la loi de leur domicile.

En matière de *garde d'enfant* et de *droit d'accès*, la situation au contraire ne présente pas de spécificité⁴⁶. On appliquera la loi du domicile de l'enfant selon l'article 3093 C.c.Q. En principe, il en sera de même de l'*autorité parentale en général* vis-à-vis de cet enfant selon l'article 3091 C.c.Q., dans la mesure où on la considère comme un effet de la filiation, sous réserve de l'application de la loi québécoise à titre provisoire en vertu de l'article 3084 C.c.Q. La jurisprudence québécoise a déjà étendu l'application des dispositions relatives à l'enlèvement interprovincial d'enfant au cas de deux concubins⁴⁷.

Finalement, en droit interne québécois, que les parents soient mariés ou non, ils doivent fournir des aliments à leurs enfants (article 586 C.c.Q.) et celui qui en a la garde peut réclamer pour eux une pension alimentaire⁴⁸: ces principes soulèveront éventuellement l'exception d'ordre public, fondé sur les articles 3081 et 522 C.c.Q., si une loi étrangère en décidait autrement.

2.6. Protection des droits des tiers

On peut aussi envisager la *protection des droits des tiers*, notamment au plan de la responsabilité solidaire pour les dettes du ménage, si les concubins se présentent comme des époux légaux. On peut invoquer les règles du mandat, apparent ou déclaré⁴⁹, pour y inclure cette sorte particulière de mandat domestique, reconnue dans certains pays, puisqu'il s'agit de relations de nature patrimoniale et que les personnes concernées ne sont pas mariées. En cas de conflit de lois, on utiliserait donc l'article 3116 C.c.Q. ou les règles générales relatives à ce domaine si cette disposition ne déterminait pas la loi applicable⁵⁰.

⁴⁶ En droit interne, voir notamment: Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-645; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 423; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 9.

⁴⁷ *Droit de la famille* - 1338, [1990] R.D.F. 427 (C.S.).

⁴⁸ Voir *Droit de la famille* - 2344, J.E. 96-394 (C.S.); Goubau, *supra* note 23, ¶ 60-140; Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-660; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 9.

⁴⁹ Sénécal, *ibid.*, ¶ 12-570.

⁵⁰ Voir G. Goldstein, «La représentation conventionnelle en droit international privé québécois» (1997) 57 R. du B. 213-90.

Parallèlement, on peut imaginer que certains droits, comme, semble-t-il, le nouveau droit québécois⁵¹, permettent au conjoint de fait de poursuivre directement en responsabilité civile l'auteur de la faute ayant mené au décès de son conjoint. La possibilité d'intenter un tel recours, ses conditions et ses effets seront régis en principe par la loi applicable en vertu de l'article 3126 C.c.Q., sous réserve des règles des articles 3127, 3128, 3129 C.c.Q. et de la clause échappatoire de l'article 3082 C.c.Q.

2.7. Pension alimentaire entre conjoints de fait

La question des *pensions alimentaires* entre conjoints de fait est centrale⁵². Il ne fait aucun doute qu'en droit interne québécois, les conjoints de fait n'ont aucune obligation alimentaire légale entre eux: il s'agit de respecter leur volonté de ne pas être liés⁵³. Par contre, on admet la validité des conventions alimentaires entre conjoints de fait⁵⁴. Du point de vue de la loi applicable, examinons séparément la pension légale (2.7.1.) et la pension conventionnelle (2.7.2.)

2.7.1. Pension légale

Dans une situation internationale ou interprovinciale, par exemple s'il s'agit de personnes ayant cohabité en Ontario comme des conjoints de fait, dont l'une vient au Québec réclamer des aliments à l'autre, qui y est maintenant domiciliée, il faudra régler le conflit de lois puisque la loi ontarienne donne de tels effets à l'union de fait, à la différence du droit québécois⁵⁵.

La loi applicable à la question principale, l'existence d'une pension légale au bénéfice d'une personne, désignée selon l'article 3094 C.c.Q. (la loi du domicile du créancier ou, en l'absence de pension alimentaire selon cette loi, celle du domicile du débiteur), sera aussi compétente, selon notre méthode de résolution de la question préalable, pour déterminer si telle personne en l'espèce répond à ses conditions. C'est donc cette loi, et non une loi applicable au statut personnel de la

⁵¹ Voir C. Masse, «La responsabilité civile», dans Barreau du Québec et Chambre de notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993 aux pp. 269-70; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 5^e éd., par J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, Cowansville, Yvon Blais, 1998 au n^o 388; Goubau *supra* note 1 à la p. 477; voir cependant Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 2.

⁵² Voir sur ce sujet: Thibault, *supra* note 9. En droit interne, voir: Goubau, *supra* note 23, ¶ 60-110 et s.

⁵³ *Droit de la famille - 2347*, [1996] R.D.F. 129 (C.S.); Goubau, *ibid.*, ¶ 60-120. Voir aussi: D. Goubau, «L'incidence du concubinage du créancier alimentaire sur son droit aux aliments» (1989) 49 R. du B. 293.

⁵⁴ *Droit de la famille - 2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.); Goubau, *supra* note 23, ¶ 60-130.

⁵⁵ Voir Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-670.

personne en question, qui dira si elle respecte suffisamment ses exigences pour qu'on la considère comme conjointe de fait afin de recevoir des aliments.

Notons qu'il n'est nul besoin d'élargir la notion d'obligation alimentaire, ni d'ailleurs celle de créancier d'aliments de l'article 3094 C.c.Q., pour atteindre ce résultat. La question en litige est simplement celle de la détermination du bénéficiaire d'une obligation tendant à permettre au pseudo-créancier, au demandeur d'aliments — et non au «créancier» comme l'énonce cette disposition dont la formulation manque de rigueur — de subvenir à ses besoins. Bien évidemment, l'article 3094 ne restreint aucunement son domaine aux bénéficiaires d'une telle obligation selon le droit interne québécois: puisqu'il s'agit du régime même de l'obligation en cause, la loi applicable au fond — la *lex causæ* — gouverne cette question.

Incidentement, la Cour supérieure du Québec a d'ailleurs reconnu dans l'affaire *Droit de la famille — 2398*⁵⁶ que l'article 3094 était bien la règle de conflit applicable aux questions de pension alimentaire entre conjoints de fait.

Dans la même affaire, mais dans une instance différente⁵⁷, une personne, maintenant domiciliée au Québec, considérée comme conjointe de fait selon la loi ontarienne, loi du lieu de cohabitation, réclamait à son ex-concubin, lui aussi domicilié au Québec, une provision pour frais à l'occasion d'une demande d'annulation portée au Québec d'une pension alimentaire provisoire obtenue en Ontario. La Cour supérieure, après avoir justement qualifié la demande de provision pour frais de question relative à une pension alimentaire, a considéré que l'exigence du droit québécois, applicable à cette question (selon l'article 3094 C.c.Q.), selon lequel il fallait avoir la qualité de créancière alimentaire (art. 588 al. 2 C.c.Q.) pour obtenir une telle provision, était remplie, *prima facie*. Or cette éventuelle qualité ne pouvait découler que du jugement ontarien, qu'on n'avait pas encore reconnu au Québec lors de cette procédure et, en principe, les jugements étrangers n'y ont pas effet de plein droit. Toutefois, en l'espèce, on y avait enregistré le jugement ontarien condamnant à payer une pension provisoire en vertu de la *Loi sur l'exécution réciproque d'ordonnances alimentaires*⁵⁸ et il pouvait alors produire les mêmes effets qu'en Ontario. Donc elle avait bien «*prima facie*» la condition de créancière alimentaire et, par conséquent, pouvait légitimement obtenir une provision pour frais, au moins jusqu'à opposition à l'exécution du jugement ontarien, fondée sur l'article 5 de la *Loi* (qui permet d'opposer l'ordre public à cet enregistrement).

Précisons que l'article 3095 C.c.Q. n'a aucune application en ce qui concerne les conjoints de fait puisqu'on ne les inclut pas dans les personnes qui y sont énumérées de façon limitative. Or, même si l'on voulait élargir les

⁵⁶ *Droit de la famille - 2398*, [1996] R.J.Q. 1010, 1019 (C.S.) (appel rejeté sur requête, 1996-05-09 (C.A.M. 500-09-002254-969). Voir aussi en ce sens: J. Talpis, *supra* note 16 à la p. 153.

⁵⁷ *Droit de la famille - 2376*, [1996] R.D.F. 246 (C.S.).

⁵⁸ L.R.Q., c. E-19.

conceptions du droit québécois, on ne pourrait pas assimiler le conjoint de fait au collatéral ou à l'allié⁵⁹.

2.7.2. *Pension conventionnelle*

En ce qui concerne la pension alimentaire *conventionnelle*, nous avons dit que la loi d'autonomie jouera avec les réserves habituelles. Puisqu'en principe le droit civil québécois admet désormais la validité de ces accords⁶⁰, leur licéité ne posera pas de problème au plan de l'ordre public. D'ailleurs, dans une affaire interne récente la Cour supérieure a affirmé que l'entente peut être valide même si la pension n'est pas calculée en fonction des besoins et des moyens des parties: puisque le régime légal ne s'applique pas, la liberté contractuelle est la règle⁶¹. En l'absence de loi choisie ou si cette loi annule le contrat, on appliquera la loi de résidence du débiteur de l'obligation alimentaire (article 31113 C.c.Q.), sous réserve du cas où l'on pourrait prouver qu'une autre loi a des liens plus étroits avec la situation⁶².

Ainsi, dans *Hallé c. Goyer*⁶³, la Cour supérieure a appliqué les prescriptions d'un contrat de cohabitation expressément assujéti à la loi ontarienne et a accepté d'ordonner le paiement d'une pension alimentaire conventionnelle à une conjointe de fait pour une durée de deux ans, comme le prévoyait le contrat.

Par contre, la question de leur modification pose un problème. En principe, le juge québécois ne peut modifier que les pensions légales. On peut se demander si la loi d'autonomie ne trouvera pas une limite particulière dans le cas où la loi contractuelle étrangère comprend le pouvoir discrétionnaire du juge de les modifier, comme dans certaines provinces de common law⁶⁴, par exemple en cas de défaut de paiement de pension conventionnelle, en cas d'absence de divulgation par un conjoint d'actif ou de dette, en cas d'erreur sur la nature du contrat, ou en cas de changement de circonstances, alors qu'on n'a rien prévu dans le contrat d'espèce⁶⁵. Dans l'affaire *Hallé c. Goyer*, le défaut du débiteur conventionnel entraînait en principe la possibilité pour le tribunal d'annuler les clauses contractuelles et d'attribuer d'une pension légale pour le futur. Pour s'opposer à la modification judiciaire de la convention, si le contrat ne donne pas ce pouvoir, ou même s'il le donne, on pourrait invoquer qu'il s'agit d'une question de procédure, non exportable au Québec. Si le contrat ne donne

⁵⁹ Voir: Thibault, *supra* note 9 à la p. 93.

⁶⁰ Voir *Droit de la famille - 2760*, [1997] R.D.F. 720 (C.S.) (en appel: C.A.M., 500-09-005409-974); Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-670; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 à la p. 6.

⁶¹ *Droit de la famille - 2760*, *supra* note 60.

⁶² Voir: Thibault, *supra* note 9 à la p. 122.

⁶³ *Supra* note 33.

⁶⁴ En Ontario, voir par exemple *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O., c. F-3, art. 33 (4) et 56 (4).

⁶⁵ Voir: Thibault, *supra* note 9 aux pp. 110 et s.

pas ce pouvoir, ou ne s'exprime pas à ce sujet, on pourrait invoquer le principe de la liberté contractuelle pour refuser de l'exercer.

Pourtant on devrait en ce domaine invoquer la définition large donnée par la Cour d'appel dans l'affaire *J.L.P. c. D.E.M.* : le régime matrimonial comprendrait désormais, dans un sens large, adapté aux situations internationales, le pouvoir discrétionnaire de distribuer les biens⁶⁶. Par analogie, on pourrait en tirer un argument selon lequel la notion d'obligation conventionnelle alimentaire comprend aussi ce pouvoir discrétionnaire du juge de la modifier⁶⁷. La loi contractuelle applicable dira alors si elle admet ou non ce pouvoir, si elle l'impose malgré la convention, etc., et le juge québécois pourra l'exercer. Ainsi, dans *Hallé c. Goyer*, le tribunal était prêt à exercer ce pouvoir tiré du droit ontarien, choisi par les parties, mais n'a pas considéré en l'espèce qu'il devait modifier les termes du contrat car le défaut du débiteur était en bonne partie dû à des exigences jugées exorbitantes de la créancière⁶⁸.

2.8. Enrichissement sans cause ou *constructive trust*

En l'absence de contrat entre conjoints de fait, organisant leurs relations pécuniaires, ou en cas de nullité d'un tel contrat, serait-il possible pour l'un d'eux, domicilié ou non au Québec, d'y obtenir soit une partie des biens de l'autre par le biais d'un *constructive trust* d'un pays de common law, soit par le biais de l'enrichissement injustifié selon la loi québécoise (articles 1493-1496 C.c.Q.)⁶⁹? On peut rappeler que la doctrine du *constructive trust* (aussi appelé la «fiducie par

⁶⁶ [1985] R.D.J. 247 (C.A.). Sur cet arrêt, voir: J. Talpis et G. Goldstein, «Le droit international privé québécois des régimes matrimoniaux après l'affaire *Palmer c. Mulligan*» (1986) 89 R. du N. 34-80

⁶⁷ Voir en ce sens: Thibault, *supra* note 9 à la p. 127. L'incidence éventuelle, sur l'élargissement de cette catégorie, de l'adoption de l'article 3089 C.c.Q., applicable aux effets du mariage indépendants du régime matrimonial, donc au pouvoir discrétionnaire d'attribuer une prestation compensatoire (ou, peut être, de partager les biens dans le cadre du patrimoine familial), ne devrait pas se faire sentir au plan de l'obligation alimentaire conventionnelle entre conjoints de fait. En d'autres termes, même si depuis 1994 un tel pouvoir discrétionnaire ne serait plus sujet à la loi contractuelle, donc à la volonté des parties, dans le cadre des effets du mariage, rien n'oblige à étendre cette solution aux pensions conventionnelles entre conjoints de fait puisqu'alors il s'agit bien de contrats passés en dehors du cadre impératif du mariage et de ses effets.

⁶⁸ *Supra* note 33 à la p. 536.

⁶⁹ Sur l'enrichissement sans cause en droit québécois, voir: J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, n^o 270 à 276; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Y. Blais, 1998 aux n^o 543 à 569; D. Lluellas (avec la collaboration de B. Moore), *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998, aux n^o 4084 à 5020. Sur l'acceptation graduelle de l'application en droit québécois de cette théorie aux concubins, voir notamment Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-880, ¶ 12- 930; Ouellette, *supra* note 1 à la p. 261; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 aux pp. 423-24; Knoppers, Bernard et Shelton, *supra* note 1, module 1 aux pp. 11-12. Elle fut admise par la Cour d'appel dans *Riel c. Beaudet* (C.A.M. 500-09-001 041-813, le 16-05-85) et appliquée plusieurs fois depuis.

interprétation»⁷⁰) consiste à admettre que le titulaire d'un droit de propriété a l'obligation, issue de l'*equity*, de le transférer à une autre personne (conjoint de fait, par exemple) parce qu'il s'enrichirait injustement s'il pouvait le conserver⁷¹. Comme on le constate, il s'agit d'une théorie propre aux pays de common law et proche de notre doctrine de l'enrichissement sans cause. La différence est essentiellement qu'en vertu du *constructive trust*, on peut recevoir un droit réel, alors que l'enrichissement sans cause n'aboutit qu'à une compensation pécuniaire.

En ce qui concerne une demande fondée au Québec sur ce *constructive trust* d'un pays de common law, la loi applicable dépend de sa qualification. A priori, lorsque des personnes se trouvent dans des relations semblables à celle d'époux, la similitude entre cette institution et la prestation compensatoire (elle-même issue de l'enrichissement sans cause) pourrait la faire classer dans les effets du mariage selon l'article 3089 C.c.Q. Toutefois, elles n'ont pas le statut d'époux donc on ne peut utiliser cette disposition. Puisqu'il s'agit de concubins, on ne peut pas plus invoquer l'article 3123 C.c.Q., applicable aux régimes matrimoniaux⁷². Comme il n'existe pas de statut général de conjoint de fait en droit québécois, on ne trouve pas non plus de règle de conflit particulière applicable aux effets de cette situation de fait. Donc cette demande devrait être qualifiée de relative à une «obligation fondée sur l'enrichissement injustifié», puisque la similitude est très grande entre la théorie civiliste et celle des pays de common law.

Mais cette qualification présente certaines difficultés. En effet, l'article 3125 C.c.Q. désigne la loi du lieu du survenance du fait générateur de l'obligation. Or ce fait se dédouble en enrichissement et en appauvrissement corrélatifs, qui peuvent survenir dans différents pays. Comme le précise B. Audit⁷³:

Aucun élément [enrichissement ou appauvrissement] n'étant en définitive plus déterminant que l'autre, il faudra s'attacher à déterminer le fait générateur lui-même par ses éléments matériels: lieu de l'immeuble, de la prestation de service; siège de la relation de fait ...

Cette directive revient à déterminer en vertu du principe de proximité (codifié dans l'article 3082 C.C.Q.) quelle loi a les liens les plus étroits avec la situation, selon les conceptions québécoises⁷⁴.

On pourrait aussi essayer de rattacher la question à une relation juridique préexistante⁷⁵, c'est-à-dire faire régir cette question par la loi applicable au statut juridique personnel des conjoints de fait. Comme nous l'avons dit, ceci reviendrait à appliquer la loi personnelle des parties, en vertu de l'article 3083

⁷⁰ Sur cette notion, voir entre autres: J. Goodman-Mailhot, «La fiducie par interprétation fait-elle partie du régime matrimonial?» (1986) 46 R. du B. 498; Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-860, ¶ 12-900.

⁷¹ Voir *Peter v. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980.

⁷² Ce qui irait pourtant dans le sens de la jurisprudence ayant appliqué l'arrêt *Palmer c. Mulligan*. Voir *Droit de la famille - 269*, C.S. Beauharnois, 16 déc. 1985, no 760-05-000369-81, J.E. 86-194.

⁷³ Audit, *supra* note 9 au n° 789.

⁷⁴ Voir en ce sens: Talpis et Castel, *supra* note 9 aux pp. 801 et s., n° 61.

⁷⁵ *Ibid.*

C.c.Q. Ainsi, si elles étaient toutes deux domiciliées au Québec, on appliquerait les dispositions québécoises sur l'enrichissement injustifié. Mais ce raisonnement peut sembler doublement contraire aux conceptions québécoises. D'abord, le droit civil québécois refuse l'existence d'un tel statut sous-jacent particulier pour les conjoints de fait. De plus, à la différence de la prestation compensatoire entre époux légaux, on a clairement placé l'enrichissement injustifié dans les rapports nés d'obligations légales entre inconnus, et non dans les droits de la personne, puisqu'il ne trouve pas sa justification dans un rapport personnel entre les parties, au contraire⁷⁶.

Si l'on considère donc qu'il s'agit d'un rapport d'enrichissement sans cause *indépendant de toute relation personnelle entre les parties*, on doit s'attacher à des éléments matériels comme ceux dont faisait état le professeur Audit: lieu de situation de biens concernés, lieu des pseudo-prestations de services non rémunérées, etc.

Toutefois, il nous paraît artificiel d'ignorer totalement la relation de fait entre les parties. Sans aller jusqu'à admettre la compétence de leur loi personnelle, l'application du principe de proximité pourrait donc mener à la désignation de la loi de leur *dernière résidence commune*, en considérant que cette résidence est le siège de la relation de fait, localisant l'unité du couple au moment où auraient eu lieu un enrichissement et un appauvrissement corrélatifs, faits dont la survenance entraîne éventuellement la création d'une obligation légale de remboursement, par le biais de l'enrichissement injustifié ou par celui du *constructive trust*, selon le cas.

En définitive, on doit bien admettre que cette solution assimile pratiquement les conjoints de fait aux époux légitimes qui chercheraient à bénéficier de certains effets personnels du mariage, notamment la prestation compensatoire, puisque les rattachements prévus à l'article 3089 C.c.Q. peuvent facilement mener à la loi de la dernière résidence commune.

Malgré ce rapprochement occasionnel, au plan du droit international privé, entre ces situations d'union libre et celles relatives au mariage, on peut quand même se demander si l'exception d'ordre public (article 3081 C.c.Q.) pourrait intervenir pour écarter une loi étrangère attribuant, par exemple, une pension alimentaire légale entre conjoints de fait, leur assurant ainsi une meilleure condition que celle résultant de notre droit civil interne.

3. *Exception d'ordre public?*

Pour invoquer l'exception d'ordre public, il faudrait démontrer à notre avis, premièrement, qu'il existe une *grave opposition abstraite* entre les conceptions québécoises et étrangères au sujet de l'obligation alimentaire en faveur du

⁷⁶ En droit interne, l'existence d'un tel rapport comprenant un devoir d'aide mutuelle (sous forme d'obligation naturelle) a déjà été considérée comme une cause suffisante pour écarter un recours pour enrichissement «sans cause». Toutefois, la jurisprudence est maintenant d'avis contraire. Voir J.-P. Sénécal, *supra* note 1, ¶ 12-930 aux pp. 791-94.

conjoint de fait, deuxièmement, que, *concrètement*, on viole les principes de base du droit civil et, troisièmement, que l'on *affecte directement* le milieu social québécois par cette violation⁷⁷.

Au plan de l'opposition de conceptions, il serait présomptueux d'affirmer sans réserve que, sur ce point, l'ordre public a évolué avec les mœurs au Québec. On peut assez sérieusement soutenir que la position québécoise actuelle n'est pas le vestige d'une position désuète, mais le reflet d'une politique consciente et actualisée. En effet, le droit civil québécois aurait très bien pu adopter le principe d'une obligation alimentaire entre conjoints de fait lors des réformes de la Loi 89⁷⁸ et du nouveau Code civil du Québec⁷⁹. Il ne l'a pas fait, sauf pour protéger l'enfant né de l'union libre. On peut donc affirmer qu'il existe une politique québécoise, actuelle et très claire, s'opposant formellement, en droit civil, à un statut en tant que tel du conjoint de fait et à l'attribution conséquente d'une pension alimentaire à son bénéficiaire.

Ainsi, le Conseil du statut de la femme, dont on a suivi les idées en 1994, recommandait clairement en 1991 le respect du principe selon lequel le Code civil *ne devait pas conférer à l'union libre les mêmes droits et obligations qu'il attribue au mariage*, notamment parce qu'il n'existe pas de large consensus au Québec en ce sens et aussi afin de préserver la liberté de choix pour les conjoints⁸⁰. D'ailleurs, le même Conseil faisait état d'études montrant que «les femmes qui vivent en union libre semblent plus souvent que les épouses en position d'assurer leur propre sécurité financière»⁸¹.

Même si le droit *social* québécois apporte sur certains points une réponse différente à la situation des conjoints de fait, pour des motifs de justice sociale - ainsi, leur fardeau fiscal doit être évalué comme s'ils étaient un couple marié, *pour ne pas les avantager*⁸² - lorsqu'il s'agit de rapports de droit privé, en droit civil⁸³, on peut penser qu'une attribution de droits irait à l'encontre des principes de base du mariage légal, pourrait avoir des conséquences néfastes pour cette institution qui

⁷⁷ Sur ces conditions, voir: G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux normes d'application nécessaire: étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Thémis, 1996; Goldstein et Groffier, *supra* note 21 au n° 117.

⁷⁸ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L. Q. 1980, c. 39, art. 1.

⁷⁹ L.Q. 1991, c. 64.

⁸⁰ Conseil du statut de la femme, *Les partenaires en union libre et l'État*, Gouvernement du Québec, juin 1991 (avis adopté les 14 et 15 mars 1991) à la p. 11. Voir dans le même sens: Ouellette, *supra* note 1 à la p. 258, pour les motifs de choix; D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 aux p. 417-18. Ainsi, le Conseil s'inquiétait en ces termes: «En reconnaissant l'union libre, le Code civil ne sanctionnerait-il pas indirectement des situations qu'il refuse actuellement en mariage: bigamie, union entre proches parents ou entre conjoints jugés trop jeunes?» (Conseil du statut de la femme, *ibid.* à la p. 12).

⁸¹ *Ibid.* à la p. 14. Voir dans le même sens: Gauthier, *supra* note 1 à la p. 244.

⁸² Conseil du statut de la femme, *ibid.* à la p. 27; voir aussi A. Lareau, «Les transferts de biens et les paiements de soutien entre concubins» (1983) 24 C. de D. 207.

⁸³ Pour une séparation nette entre la condition des concubins en droit civil et en droit social, voir: D.-Castelli et Dallard, *supra* note 1 aux pp. 418-21.

favorise la stabilité des couples et ne correspond même pas à l'idée que se font les conjoints de fait de la relation qu'ils choisissent librement.

On peut avancer que la preuve de cette orientation se trouve dans l'exception à la règle de l'interdiction des pensions alimentaires, puisque l'enfant né d'une union de fait peut néanmoins en obtenir une. On équilibre ainsi l'idéologie et le sens pratique. La logique, classique, de l'argumentation condamnant l'union de fait trouve ici son terrain d'excellence: puisque les concubins ont choisi de vivre en dehors du statut légal que procure le droit, ils ne peuvent pas réclamer les avantages qui en découlent. Ainsi que l'exprime clairement le professeur Lagarde, en droit civil français (proche, sur ce point, du droit québécois)⁸⁴:

«L'union des concubins ne repose sur aucun engagement et peut être rompue à la discrétion de chacun des partenaires. Les obligations qui peuvent les lier l'un à l'autre trouvent leur source dans le droit commun (contrat, délit, enrichissement sans cause) mais en aucun cas dans un statut du couple non marié qui n'existe pas»

Malgré ceci, on peut noter que certaines décisions ont semblé reconnaître implicitement, en vertu du droit commun, l'existence d'une obligation naturelle concernant les aliments *pendant* l'union⁸⁵. Mais, comme le note un auteur⁸⁶:

«Cet énoncé a comme conséquence lors de la séparation que les concubins ne peuvent réclamer l'un de l'autre ce qu'ils ont fourni en argent ou en travail pour subvenir aux besoins de l'autre partie.»

Il semble donc que cette jurisprudence ne puisse pas favoriser l'attribution d'une pension alimentaire *après* la rupture.

Toutefois même si le droit civil reste assez fermement opposé à l'attribution de telle pension alimentaire, il n'est pas certain que le milieu social ne soit pas déjà en bonne partie favorable à cette idée. Au plan juridique, on peut d'ailleurs rappeler que les tribunaux civils admettent en droit interne de donner effet aux contrats alimentaires entre conjoints sans invoquer leur nullité pour contrariété à l'ordre public. Si l'on peut encore penser à invoquer le principe de la liberté contractuelle pour protéger le pseudo-débiteur d'une loi étrangère imposant des obligations alimentaires non voulues, la jurisprudence actuelle ne semble pas s'orienter dans cette voie.

Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille - 2376*⁸⁷, rappelons que la Cour supérieure a jugé qu'on pouvait *prima facie* considérer une conjointe de fait, domiciliée au Québec, comme créancière alimentaire, selon la loi ontarienne, en vertu d'un jugement ontarien auquel on pouvait encore opposer l'ordre

⁸⁴ P. Lagarde, Note sous T.G.I. Paris, (1ère Ch.), 21 nov. 1983, (1984) *Revue crit. d.i.p.* 629 à la p. 630.

⁸⁵ *Letourneau c. Leduc*, C.S. Beauharnois, 450-05-000736-78; *Rochefort c. Blanchard*, C.A. Montréal, 500-09-001071-878; *Côté c. Laroche*, C.S. Terrebonne, 700-05-001995-756. Voir aussi Castelli et Dallard, *supra* note 1 à la p. 263, et la jurisprudence citée à la note 10 de l'ouvrage.

⁸⁶ Gauthier, *supra* note 1 à la p. 229.

⁸⁷ [1996] R.D.F. 246 (C.S.).

public lors de la demande. Le débiteur était lui-même domicilié au Québec et l'ensemble de ses biens s'y trouvaient. Ceci ne pointe pas vers une tendance au rejet, sur motif de contrariété à l'ordre public, des décisions étrangères accordant des pensions alimentaires aux conjoints de fait.

En tout cas, il faudrait prouver que l'attribution d'un droit comme une pension alimentaire, provisoire ou même définitive, à un tel concubin, en vertu d'un jugement étranger, heurte *concrètement* les lois en vigueur au Québec. Il pourrait par exemple en être ainsi lorsque l'un des concubins, loin de s'appauvrir et de sacrifier son activité économique au bien-être de la famille, se met lui-même volontairement «à la charge» du prétendu-débiteur en renonçant à son travail, est sans enfant, cherche à poursuivre une existence oisive, ou oppose ses prétendus droits à ceux de l'époux légitime et de ses enfants, qui, lui, a travaillé activement de longues années à l'élaboration de la prospérité acquise par le prétendu-débiteur. Par contre, s'il s'agit d'une situation où les concubins ont cohabité pendant de longues années, si l'un d'eux a renoncé à travailler pour accomplir les tâches ménagères ou autres, propres à assurer une vie commune, et si cette personne se trouve démunie à la rupture de telle sorte qu'elle risque de se retrouver à la charge de l'État, l'exception d'ordre public pourrait ne pas s'opposer à l'attribution d'une telle obligation découlant d'une loi étrangère ayant un lien étroit avec cette espèce.

Cette approche concrète devrait sans doute mener à distinguer entre plusieurs types de situations. En effet, il existe une différence profonde entre, d'un côté, une «vraie» union de fait, qui, dans l'esprit de ceux qui y entrent, équivaut à un vrai mariage auquel il ne manque qu'une cérémonie, et, d'un autre côté, des situations comme celle de deux personnes cohabitant de temps en temps sous le même toit, pourtant toujours mariées légalement à des tiers et ne désirant pas divorcer alors qu'elles en auraient la possibilité, sans projet commun et sans engagement de soutien futur. Il en serait d'autant plus ainsi dans la mesure où chacune pourrait s'adonner à des relations intimes externes: ce genre de relation, étant plus proche d'une aventure, porte en elle le germe de la rupture⁸⁸. Il est alors difficile de cerner une authentique «volonté de s'unir et de faire produire, à la suite de l'écoulement du temps, certains effets juridiques à leur cohabitation»⁸⁹.

Ainsi, même si l'on admettait de ne pas opposer l'ordre public à la reconnaissance au Québec d'une décision étrangère ordonnant par exemple une pension alimentaire au bénéfice d'un «authentique» conjoint de fait, on doit certainement distinguer le cas où le prétendu-débiteur est encore marié⁹⁰. Alors

⁸⁸ Voir en ce sens: C.A. Montpellier, 8 juin 1982, D.S. 1983.607.

⁸⁹ Watté et Barnich, *supra* note 9 à la p. 299, n° 10.

⁹⁰ Cf. Guiho, *supra* note 6 à la p. 214: «D'une façon générale, l'ordre public pourra intervenir dans les mêmes conditions qu'en matière de mariage. Ainsi l'existence d'un tel mariage de seconde zone [union de fait] devrait notamment faire obstacle à ce que l'un des partenaires contracte en France un mariage normal».

l'ordre public pourrait intervenir avec toute sa force car la situation se rapprocherait insensiblement d'une sorte de polygamie ou même d'un contrat de prostitution à long terme: les motifs pour «dédommager» ou «récompenser» par une pension alimentaire celui ou celle qui s'y prête, à sa rupture, ne sont pas évidents.

Enfin, pour conclure en ce qui concerne l'ordre public, nous avançons qu'il faut que l'application d'une loi étrangère réalise un *impact réel et concret sur le milieu québécois*. Il peut en être ainsi si les biens appartenant au débiteur sont tous situés au Québec et si les personnes concernées y sont domiciliées. Du point de vue du prétendu-débiteur, de son éventuelle épouse et de ses enfants, ceux-ci risquent de subir une perte matérielle et économique importante. Mais si le concubin dans le besoin est domicilié ou réside au Québec, s'il risque de devenir à la charge de l'État, cet impact peut jouer en sens inverse. De toute manière, ceci ne veut pas dire que le conjoint de fait se trouvera totalement privé de droit devant un juge québécois: il pourrait invoquer l'enrichissement injustifié ou un autre droit consacré par une loi étrangère, comme un *constructive trust* de common law.

Conclusion

De ceci, il résulte que le régime juridique des conjoints de fait venant au Québec réclamer certains effets de leur situation d'union libre en vertu d'une loi étrangère ne sera pas homogène, comme le serait un véritable statut. Mais leur condition ne sera pas si sévère si l'on accepte, comme nous le proposons, d'assujettir l'éventuelle question préalable de leur état à la loi interne régissant chaque effet réclamé.

De cette manière, mis à part le fait de pouvoir prétendre à un titre officiel, celui d'époux, qui continue logiquement à appartenir à une autre sorte de relations, ils bénéficieront de toutes les mesures que le système juridique ayant le lien le plus étroit avec chaque effet voudra bien leur attribuer, sans pour autant imposer au Québec la reconnaissance d'un véritable statut qui ne leur a visiblement pas été accordé par le Codificateur québécois, en toute connaissance de cause, puisqu'ils se sont volontairement placés en dehors du cadre légal privilégié.