
Le contrat de mariage en droit québécois : un destin marqué du sceau du paradoxe

Alain Roy*

En 1989, le législateur québécois a restreint la liberté contractuelle des époux en imposant à tous les couples l'obligation de partager, au jour de la dissolution matrimoniale, un certain nombre de biens à caractère familial. Selon toute vraisemblance, le législateur souhaitait endiguer les injustices économiques engendrées par le divorce des femmes mariées dans les années 40, 50 et 60 sous un régime de séparation conventionnelle de biens. En visant l'ensemble des couples, le législateur a certes atteint son but, mais au détriment de ceux qui auraient pu raisonnablement et équitablement tirer profit du contrat de mariage.

Après avoir mis en relief la rigidité des principes juridiques sur la base desquels le contrat de mariage a pu autrefois s'imposer au mépris d'une justice conjugale élémentaire, l'auteur examine les législations des autres provinces canadiennes qui, de tout temps, accordent aux tribunaux le pouvoir de réviser le contenu d'un *marriage contract* en cas d'iniquité ou d'abus. À la lumière de ces législations et de l'interprétation qu'en a retenue la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hartshorne*, l'auteur propose l'introduction, en droit québécois, d'un pouvoir de révision ou d'annulation judiciaire du contrat de mariage pour cause de lésion et d'imprévision, ces normes de contrôle judiciaire étant à même d'assurer un meilleur équilibre entre liberté et équité.

In 1989, Quebec legislators restricted the contractual freedom of spouses by imposing on all couples an obligation to divide certain kinds of family property upon the dissolution of the matrimonial regime. In all likelihood, legislators wished to put an end to the economic injustices suffered by women who sought a divorce under the contractual regime of property separation in place in the 1940s, 1950s, and 1960s. By imposing the obligation on all couples, legislators did attain their objective, but to the detriment of those who could have reasonably and equitably benefited from the marriage contract.

After highlighting the rigid legal principles that permitted marriage contracts contrary to basic marital justice, the author examines legislation from other Canadian provinces, which have always granted the courts the capacity to review the content of a marriage contract in the event of iniquity or abuse. In light of these provincial laws and the Supreme Court of Canada's interpretation of them in the *Hartshorne* decision, the author proposes that Quebec law give the courts the power to review or annul marriage contracts on grounds of lesion or hardship, as these standards of judicial control are capable of ensuring a better balance between freedom and equity.

* Docteur en droit et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent texte s'inscrit dans le cadre du projet de recherche sur les contrats conjugaux que l'auteur dirige actuellement et pour lequel il bénéficie d'une subvention du Conseil canadien de recherche en sciences humaines (CRSH). L'auteur remercie chaleureusement ses collègues, les professeurs Élise Charpentier, Didier Lluellas, Adrian Popovici et Catherine Valke, de même que M^e Christian Saint-Georges, pour leurs précieux commentaires. L'auteur remercie également ses assistantes de recherche, Mesdames Cindy Martin et Marie-Émilie Rochette pour leur travail impeccable.

© Alain Roy 2006

Mode de référence : (2006) 51 R.D. McGill 665

To be cited as: (2006) 51 McGill L.J. 665

Introduction	667
I. Un regard vers le passé : une rigidité source d'extinction	669
II. Un regard vers l'étranger : une souplesse gage d'équilibre	673
III. Un regard vers le futur : une alternative à portée de main	680
<i>A. La lésion</i>	681
<i>B. L'imprévision</i>	686
Conclusion	690

«La liquidation économique du mariage repose sur le principe fondamental de l'équité, principe qui doit être préservé, protégé et promu, et qui doit permettre de pallier les inconvénients économiques résultant du mariage ou de sa rupture»¹.

Introduction

Pendant de longues décennies, il était de tradition de passer chez le notaire avant la célébration d'un mariage. À l'instar de leurs aïeux, les futurs époux s'y rendaient naturellement pour connaître les conséquences juridiques de leur union en devenir. La plupart d'entre eux en ressortait après avoir adopté, par contrat de mariage, le régime matrimonial de la séparation de biens. À l'aube des années 70, une proportion de 70 % des époux québécois se prévalaient ainsi de l'option contractuelle, dérogeant par le fait même aux dispositions du régime légal de la communauté de biens².

Les données aujourd'hui inscrites au Registre des droits personnels et réels mobiliers («RDPRM») démontrent que les futurs mariés ne se bousculent plus aux portes des études notariales pour signer un contrat de mariage³. Bien que nous ne disposions pas de données empiriques pour appuyer notre hypothèse, on peut vraisemblablement attribuer le déclin du contrat de mariage à deux causes consécutives, soit l'avènement, en 1970, du régime légal de la société d'acquêts⁴, et l'introduction, en 1989, du patrimoine familial⁵.

En remplaçant le régime de la communauté de biens par celui de la société d'acquêts, le législateur est parvenu à rallier un plus grand nombre de couples au régime légal, les détournant ainsi de la voie d'évitement que constituait jusqu'alors le

¹ *R.P. c. H.T.*, [2005] R.J.Q. 2303 à la p. 2316 (C.A.), juge Bich.

² Voir Danielle Burman, «Politiques législatives québécoises dans l'aménagement des rapports pécuniaires entre époux : d'une justice bien pensée à un semblant de justice — un juste sujet de s'alarmer» (1988) 22 R.J.T. 149 à la p. 155. Pour des statistiques antérieures à cette date, attestant de la popularité croissante de la séparation de biens à compter des années 30, voir Roger Comtois, *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, Montréal, Recueil de droit et de jurisprudence, 1964 à la p. 321. Pour les motifs susceptibles d'expliquer le recours à la séparation de biens, voir ce qu'écrit l'auteur aux pp. 155-56 et à la p. 324 et s.

³ Les recherches que nous avons effectuées au RDPRM sont plutôt révélatrices. En 2005, sur les 22 338 couples qui se sont mariés, seuls 2 362 couples ont signé un contrat de mariage avant la célébration de leur union, soit environ 10%. On observe le même pourcentage en 2004, alors que 2 241 couples ont signé un contrat de mariage, sur un total de 21 283 couples. En 2003, 2 143 couples sur 21 145 ont fait de même. Les indices de nuptialité sont disponibles en ligne : Institut de la statistique du Québec <http://www.stat.gouv.qc.ca/donstat/societe/demographie/struc_popl/i210.htm>.

⁴ *Loi concernant les régimes matrimoniaux*, L.Q. 1969, c. 77. Les dispositions relatives au régime légal de la société d'acquêts se trouvent aujourd'hui aux art. 448-84 C.c.Q.

⁵ *Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux*, L.Q. 1989, c. 55 [*Loi favorisant l'égalité économique des époux*]. Les dispositions relatives au patrimoine familial se trouvent aujourd'hui aux art. 414-26 C.c.Q.

contrat de mariage⁶. Ainsi, entre 1971 et 1980, 48 % des couples ont adhéré au nouveau régime légal. Entre 1981 et 1989, ce pourcentage est passé à 61 %. Au cours de la même période et malgré la modernisation du régime légal, 39 % des couples sont donc restés fidèles à la séparation conventionnelle de biens⁷. On peut en déduire qu'à la fin des années 80, le régime séparatiste répondait toujours aux aspirations d'un nombre significatif d'époux.

Si l'avènement de la société d'acquêts a provoqué une saine diminution du nombre de contrats de mariage⁸, l'entrée en vigueur du patrimoine familial, le 1^{er} juillet 1989, en a littéralement sonné le glas. En imposant le partage des principaux biens de nature familiale à l'ensemble des couples mariés⁹, le législateur a restreint la portée du régime de la séparation de biens à un point tel que plusieurs conjoints n'y voient plus aujourd'hui qu'une mesure totalement dénuée d'intérêt pratique. Ainsi, entre 1995 et 2005, moins de 1 % des couples ont choisi d'adopter la séparation conventionnelle de biens¹⁰.

Certes, l'objectif que poursuivait le législateur québécois en adoptant le patrimoine familial était tout à fait légitime. On se devait d'intervenir pour corriger

⁶ Un tel constat met en évidence le rapport direct qui existe entre la popularité du régime légal applicable à une époque donnée et la propension des époux à conclure un contrat de mariage. En général, les conjoints qui veulent demeurer soumis au régime légal voient rarement l'utilité de passer chez le notaire pour y signer un contrat de mariage (Alain Roy, *Le contrat de mariage réinventé : Perspectives socio-juridiques pour une réforme*, Montréal, Thémis, 2002 à la p. 64 [Roy, *Le contrat de mariage réinventé*]).

⁷ André Cossette, «Statistiques en matière de mariage» (1991) 93 R. du N. 536 ; Michèle Rivet, «La popularité des différents régimes matrimoniaux depuis la réforme de 1970» (1974) 15 C. de D. 613 ; et Burman, *supra* note 2 à la p. 156.

⁸ *Ibid.*

⁹ Art. 391, 423 C.c.Q. En vertu de l'art. 42 de la *Loi favorisant l'égalité économique des époux*, *supra* note 5, les époux mariés avant le 1^{er} juillet 1989 ont pu se soustraire du champ d'application de la loi, en signant une convention d'exclusion devant notaire avant le 1^{er} janvier 1991. Près de 35 000 couples auraient exercé cette option (Cossette, *supra* note 7). En outre, les époux qui, avant le 15 mai 1989, étaient séparés de fait et avaient réglé les conséquences de leur séparation par entente écrite ou autrement, de même que les époux qui, à cette date, étaient en instance de séparation de corps, de divorce ou d'annulation de mariage, n'ont pas été touchés par les nouvelles dispositions. À ce sujet, voir Pierre Ciotola, «Le patrimoine familial et diverses mesures destinées à favoriser l'égalité économique des époux» (1989) 2 C.P. du N. 1 aux pp. 48-49.

¹⁰ Plus précisément, pour l'année 2005, 173 couples, sur un total de 22 238 ont fait ce choix. Ce faible pourcentage se répète d'année en année depuis 1995, alors que 351 couples sur 24 238 optaient pour la séparation conventionnelle de biens. On peut présumer que les données antérieures à 1995 (mais postérieures à 1989) sont du même ordre. Malheureusement, nous n'avons pu les obtenir, puisque le RDPRM a été instauré au moment de la réforme du *Code civil* de 1994. Avant la réforme, les contrats de mariage étaient publiés, par voie d'avis, au registre central des régimes matrimoniaux, depuis démantelé. Or, en vertu de l'art. 163 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, l'ensemble des données publiées dans cet ancien registre a été «transféré» dans le RDPRM lors de sa création, ce qui permet d'expliquer les 447 389 inscriptions de contrats de mariage en séparation de biens qui figurent au RDPRM pour la seule année 1994. Il nous a été impossible de ventiler ce nombre, faute de pouvoir accéder à l'ancien registre central des régimes matrimoniaux.

les graves injustices économiques engendrées par le divorce des femmes mariées dans les années 40, 50 et 60 sous un régime séparatiste. Privées du droit de réclamer le partage des biens accumulés par leur mari, celles-ci ne pouvaient par ailleurs compter sur leurs propres ressources, ayant généralement assumé durant le mariage un rôle sans retombées économiques.

Mais aurait-on pu atteindre autrement cet objectif? L'injustice résultant de choix contractuels inappropriés justifiait-elle une atteinte aussi catégorique à la liberté contractuelle de *tous* les couples, sans égard à leur situation particulière? Telles sont les questions auxquelles nous entendons ici nous attarder.

Après avoir mis en relief la rigidité des principes sur la base desquels le contrat de mariage a pu autrefois s'imposer, nous examinerons les règles qui, dans certaines autres provinces canadiennes, procurent aux «mariage contracts» une souplesse salutaire. Cette incursion dans le système juridique de nos voisins immédiats alimentera la réflexion sur les voies qu'aurait pu emprunter le législateur québécois afin d'assurer la survie du contrat de mariage dans le respect des objectifs d'équité qui lui sont chers. Au terme de cette analyse, on sera à même de retracer le destin du contrat de mariage québécois, une institution dont, paradoxalement, on a causé la perte à trop vouloir en préserver l'autorité.

I. Un regard vers le passé : une rigidité source d'extinction

En dépit des éléments qui le singularisent, le contrat de mariage est d'abord et avant tout un contrat au sens traditionnel du droit des obligations. Les principes fondamentaux sur lesquels repose la théorie juridique classique trouvent donc application en la matière, qu'il s'agisse de l'autonomie de la volonté, de la liberté contractuelle ou de la force obligatoire du contrat. Comme l'enseigne le professeur Pineau, ces trois principes interreliés traduisent l'approche libérale qui colore le droit civil québécois depuis l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866 :

La notion de contrat telle que conçue par les codificateurs de 1866 repose sur la théorie de l'autonomie de la volonté, issue du libéralisme développé par les philosophes du XVIII^e siècle [...]. [C]ette philosophie se traduit par la liberté pour l'individu de contracter ou non avec qui il veut, quand il veut, comme il veut ; c'est le principe de la liberté contractuelle [...]. De cette liberté qu'ont les hommes de se lier, découle enfin le principe de la force obligatoire du contrat, qui s'impose aux parties aussi bien qu'au juge [notes omises]¹¹.

Sous réserve de l'ordre public et des dispositions impératives de la loi, le contrat de mariage valablement formé oblige donc irrévocablement les époux signataires et

¹¹ Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 au n° 35. Pour un exposé historique du sujet, voir Georges Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1989 à la p. 7 et s. [Massol, *La lésion entre majeurs*].

s'impose au juge de la même façon¹². Mise à part l'erreur ou la crainte¹³, aucun motif ne pourrait être invoqué à l'appui d'une demande d'annulation, de révocation ou de modification des dispositions qu'il contient, quelle que soit l'injustice susceptible d'en résulter pour l'un des conjoints lors de la dissolution du mariage¹⁴. *Pacta sunt servanda*...

À maintes reprises au cours des années 70, les tribunaux ont été confrontés à la rigidité de ces principes juridiques. Incapables d'aller au-delà des choix contractuels arrêtés par les époux, les juges n'ont pu qu'assister, impuissants, aux nombreux drames économiques dont plusieurs femmes séparées de biens ont été victimes à l'occasion de leur divorce¹⁵. Les propos du juge Beaugard dans l'affaire *Gagnon c. Dauphinais*¹⁶ en témoignent d'ailleurs éloquemment :

Suivant la preuve, le tribunal est d'opinion que la demanderesse a, au cours de son mariage avec le défendeur, non seulement agi comme une excellente épouse, une excellente mère et une excellente maîtresse de maison, mais qu'elle a également grandement aidé son mari dans ses affaires, permettant à ce dernier d'accumuler des biens. [...] Malgré l'iniquité apparente de la situation, le tribunal est d'opinion que, suivant l'état actuel du droit, les faits allégués et prouvés ne donnent pas ouverture aux conclusions recherchées, dans le cadre du litige tel que circonscrit. [...] Le régime de la séparation de biens entre époux ne mérite pas, sans doute, plus d'éloges que ceux que lui a faits la Commission de réforme du droit du Canada [...], mais il s'agit là d'un régime qui était et qui est reconnu par la loi et que les parties ont librement adopté¹⁷.

¹² Art. 1439 C.c.Q. : «Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties». Dans la perspective de la théorie de l'autonomie de la volonté, la professeure Charpentier écrit : «des interventions extérieures destinées à rééquilibrer le contrat n'ont aucune légitimité, sauf dans la mesure où elles sont destinées à préserver l'ordre public et les bonnes mœurs» (Élise M. Charpentier, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat*, thèse de doctorat en droit, Université McGill, 2001 à la p. 8 [Charpentier, *L'équilibre des prestations*]). Voir également ce qu'écrit l'auteure à la p. 74. Sur la force obligatoire du contrat, voir également *Grant Mills Ltd. c. Universal Pipeline Welding Ltd.*, [1975] C.S. 1203 (Qué.) [*Grant Mills*] ; Julie Bédard, «Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit québécois» (1997) 42 R.D. McGill 761 à la p. 776 ; Pierre Ciotola, «L'intervention de l'État dans le droit des contrats : vers une publicisation du droit des contrats?» (1986) 20 R.J.T. 169 à la p. 190 ; Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* aux n° 35, 285. Pour un bref exposé historique des principes traditionnels à la base du contrat, voir Stefan Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois» (1993) 34 C. de D. 599 à la p. 604 et s.

¹³ Art. 1398 C.c.Q. et s.

¹⁴ Notons que des règles particulières s'appliquent dans le cas du contrat de mariage signé par un mineur ou un majeur inapte : art. 434-36 C.c.Q.

¹⁵ Sur les déséquilibres économiques résultant de l'absence de régime matrimonial qui prévaut dans les provinces de *common law*, (équivalent à séparation de biens), voir également la célèbre affaire *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, 41 D.L.R. (3^e) 367 [*Murdoch*].

¹⁶ [1977] C.S. 352 (Qué.).

¹⁷ *Ibid.* aux pp. 353-54. Voir également *Lévesque c. Faguy*, [1978] C.A. 376 (Qué.) ; *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380 (Qué.).

Pressé d'intervenir dans le but d'enrayer les dommages causés par la séparation de biens, le législateur s'est employé, lors de la réforme du droit de la famille de 1980, à resserrer les règles impératives applicables à l'ensemble des couples¹⁸. Inspirée de l'action *de in rem verso*, la prestation compensatoire constituait l'une des pièces maîtresses du nouvel ensemble législatif¹⁹. Par cette mesure, le législateur souhaitait fournir aux tribunaux un instrument d'équité susceptible d'assurer l'indemnisation de l'époux ayant contribué, «en biens ou en services, à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint»²⁰. La nouvelle mesure devait donc permettre à la femme séparée de biens d'obtenir sa juste part dans les actifs de son mari, compte tenu de son activité au foyer²¹.

La prestation compensatoire n'a toutefois pas produit les résultats escomptés. Contre toute attente, la Cour d'appel a refusé de voir dans le travail domestique un apport susceptible d'indemnisation. Selon la cour, accorder à l'épouse séparée de biens une prestation en compensation du travail accompli au foyer aurait constitué une forme déguisée de partage, au mépris de la liberté conventionnelle²². Au lendemain de la réforme de 1980 et en dépit des objectifs législatifs poursuivis, la femme séparée de biens est donc demeurée prisonnière de ses choix contractuels.

Susceptible d'interprétation judiciaire, la prestation compensatoire s'est manifestement butée au dogme de l'autonomie de la volonté dont le législateur de l'époque a sous-estimé la force et l'autorité. Comme l'a affirmé la Cour d'appel, la liberté contractuelle a, en matière matrimoniale, valeur de principe; on ne saurait par conséquent en altérer la portée de manière indirecte ou équivoque :

¹⁸ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39. Pour les professeurs Brisson et Kasirer, la réforme de 1980 témoigne de l'émancipation du droit québécois par rapport au droit français, cette réforme ayant introduit chez nous des règles qui ne sont pas de souche purement civiliste (Jean-Maurice Brisson et Nicholas Kasirer, «The Married Woman in Ascendance, the Mother Country in Retreat : from Legal Colonialism to Legal Nationalism in Quebec Matrimonial Law Reform, 1866-1991» (1995) 23 *Man. L.J.* 406). Quant au professeur Caparros, il qualifie d'«intrus» l'intégration de mécanismes juridiques qui ne cadrent pas dans «notre ordonnancement codifié» (Ernest Caparros, «Le patrimoine familial : une qualification difficile» (1994) 25 *R.G.D.* 251 à la p. 252).

¹⁹ François Aquin, «La loi 89 et les accords à l'occasion des séparations et des divorces» (1981) *C.P. du N.* 177 à la p. 186.

²⁰ Art. 427 C.c.Q. Les dispositions relatives à la prestation compensatoire ont subi d'importantes modifications en 1989, aux termes de la *Loi favorisant l'égalité économique des époux*, *supra* note 5. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les règles pertinentes se trouvaient aux art. 459, 533, 559 C.c.Q. et à l'art. 735.1 C.p.c.

²¹ Voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, *supra* note 6 à la p. 34, n. 96.

²² *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135 à la p. 145 (Qué) [DF 67]; *Droit de la famille—391*, [1987] R.J.Q. 1998 (C.A.) et *Droit de la famille—441*, [1988] R.J.Q. 291 (C.A.). Voir également Lucille Cipriani, «La justice matrimoniale à l'heure du féminisme : analyse critique de la jurisprudence québécoise sur la prestation compensatoire, 1983-1991» (1995) 36 *C. de D.* 209; Jean Pineau et Danielle Burman, «La prestation compensatoire à la lumière de l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Poirier c. Globensky*» (1985) 19 *R.J.T.* 281; Mireille D. Castelli, «La Cour d'appel et la prestation compensatoire» (1985) 16 *R.G.D.* 625.

Comme toute autre disposition codifiée, [la prestation compensatoire] doit être interprétée dans le contexte légal auquel elle s'incorpore. Or, notre droit matrimonial érige à l'état de principe la liberté des conventions en permettant aux conjoints de faire par contrat de mariage toutes sortes de stipulations [...] qui ne soient pas contraires à l'ordre public. [...] Dire que la prestation compensatoire a pour effet de faire renaître le droit au partage c'est prononcer l'abolition du principe de la liberté des conventions, c'est instituer *a posteriori* la société d'acquêts comme régime légal obligatoire. Si le législateur avait voulu qu'il en soit ainsi, il lui incombait de le dire et non pas qu'on le lui fasse dire²³.

L'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 1989, des dispositions instituant le patrimoine familial prouve hors de tout doute que le législateur a clairement entendu le message des tribunaux²⁴. Quelle que soit la date de leur mariage, les époux seront désormais dans l'obligation de partager, lors de la rupture, la valeur des résidences principale et secondaires, des meubles du ménage, des véhicules automobiles qui servent aux déplacements de la famille et des régimes de retraite privés ou publics leur appartenant, et ce, indépendamment des termes de leur contrat de mariage²⁵. Limitée dans ses effets, la séparation de biens ne sera donc plus «en état de nuire» au conjoint resté au foyer durant la vie commune²⁶.

En assujettissant l'ensemble des couples au patrimoine familial, le législateur n'a en rien ébranlé les socles dogmatiques du droit des contrats; il les a tout simplement contournés. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat de mariage sont demeurés intacts, mais l'espace de liberté contractuelle dont jouissent désormais les époux a été réduit au point d'en rendre la portée pratique tout à fait illusoire²⁷.

²³ *DF 67, ibid.* aux pp. 144-45.

²⁴ Nicholas Kasirer, «Testing the Origins of the Family Patrimony in Everyday Law» (1995) 36 C. de D. 795 à la p. 820 [Kasirer, «Origins»].

²⁵ Art. 415 C.c.Q. Notons que les droits qui confèrent l'usage d'une résidence principale ou secondaire sont également inclus dans le patrimoine familial.

²⁶ Ainsi, écrit le juge Baudouin,

[l]e législateur, en introduisant dans notre droit le partage du patrimoine familial, [...] a entendu remédier à des injustices dont une certaine catégorie de femmes pouvaient être victimes et reconnaître la valeur du travail au foyer. Les femmes mariées en séparation de biens, au moment d'un divorce ou d'une séparation de corps, se retrouvaient en effet parfois sévèrement désavantagées sur le plan économique lorsque venait le temps de liquider le patrimoine accumulé pendant la vie commune (*Droit de la famille-977*, [1991] R.J.Q. 904 aux pp. 907-08 (C.A.)).

²⁷ Du moins aux yeux d'une majorité d'entre eux (voir *supra* note 3). Comme l'expriment les professeurs Castelli et Goubau, «le législateur délaissant la traditionnelle liberté des conventions matrimoniales des pays de droit civil, l'a, sinon supprimée, tout moins fortement réduite. Certes, la liberté de choix du régime matrimonial secondaire demeure, mais il est certain qu'elle ne pourra jouer que pour les biens non compris dans le patrimoine familial. [...] Le libre choix des conventions matrimoniales semble donc nettement réduit, voire illusoire dans sa portée pratique» (Mireille D. Castelli et Dominique Goubau, *Précis de droit de la famille*, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université

Afin de neutraliser les effets pervers du contrat de mariage, le législateur aura donc eu recours à l'«artillerie lourde» que représente l'imposition d'un régime de partage automatique, uniforme et obligatoire. En visant l'ensemble des couples, il a certes atteint son but, mais au détriment de ceux qui auraient pu raisonnablement et équitablement tirer profit du contrat de mariage. L'arsenal du législateur contenait pourtant certaines «armes de précision» qui lui auraient permis de prévenir les injustices, sans pour autant compromettre le libre choix de tous les couples.

Mais rien n'est immuable, y compris le droit²⁸. À la lumière des lois en vigueur dans les autres provinces canadiennes et de la jurisprudence de la Cour suprême²⁹, le législateur québécois pourrait aujourd'hui envisager la possibilité de redonner aux époux la liberté du passé, en prenant soin, cette fois-ci, d'en baliser clairement l'exercice³⁰.

II. Un regard vers l'étranger : une souplesse gage d'équilibre

Les systèmes juridiques de tradition anglo-saxonne ignorent la notion de régime matrimonial³¹. Néanmoins, les lois qui régissent les rapports pécuniaires entre les époux domiciliés dans les provinces de *common law* prévoient le partage d'un certain nombre de biens à caractère familial au jour de la dissolution matrimoniale. Toutefois, contrairement à la situation qui prévaut au Québec, les règles applicables sont

Laval, 2000 à la p. 93). Pour une perspective d'analyse différente, voir Kasirer, «Origins», *supra* note 24.

²⁸ Sur les processus qui accompagnent la mise en forme juridique d'une innovation sociale et les contraintes inhérentes au remplacement d'une norme institutionnalisée par une autre, voir Pierre Noreau, «L'innovation sociale et le droit : est-ce bien compatible?» dans *Le développement social au rythme de l'innovation*, Sainte-Foy (QC), Presses de l'Université du Québec, 2004, 73 [Noreau, «L'innovation»].

²⁹ À cet égard, nous adhérons entièrement aux propos du professeur Kasirer pour qui l'on ne devrait pas hésiter à s'inspirer du droit des autres provinces pour enrichir notre système juridique (Nicholas Kasirer, «Couvrez cette communauté que je ne saurais voir : Equity and Fault in the Division of Quebec's Family Patrimony» (1994) 25 R.G.D. 569 à la p. 600 [Kasirer, «Equity and Fault»]).

³⁰ Comme l'écrit le professeur Jobin, «[l]a vie mouvementée de la stabilité des contrats ne s'arrêtera pas avec l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*. En fait, sa destinée est appelée à connaître encore de nombreux rebondissements. Inévitablement, d'autres mesures législatives seront discutées un jour ou l'autre pour renforcer telle ou telle politique de protection du consentement, de raisonnablement dans l'exécution du contrat ou autre [...]» (Pierre-Gabriel Jobin, «La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux» dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1997, 417 à la p. 448).

³¹ Kasirer, «Equity and Fault», *supra* note 29 à la p. 573.

supplétives de volonté³². Les époux peuvent ainsi, par contrat de mariage (*marriage contract*), s'y soustraire totalement ou partiellement³³.

Cela dit, la majorité des lois pertinentes accordent aux tribunaux le pouvoir de modifier les termes du contrat intervenu entre les époux, voire d'en annuler le contenu. Ainsi, au Nouveau-Brunswick, «[l]a Cour peut ignorer toute clause d'un contrat domestique dont l'application serait, à son avis, inéquitable ("inequitable"), dans les circonstances en l'espèce»³⁴. En Nouvelle-Écosse, le tribunal peut écarter une entente contractuelle dans la mesure où celle-ci lui apparaît «exorbitante [“unconscionable”³⁵], trop dure pour une partie ou frauduleuse» [notre traduction]³⁶.

En Ontario³⁷, à Terre-Neuve³⁸, à l'Île-du-Prince-Édouard³⁹, au Nunavut⁴⁰ et dans les Territoires du Nord-Ouest⁴¹, le législateur accorde au tribunal le pouvoir d'annuler un contrat de mariage dans la mesure prévue par le droit des contrats. Or, les principes de *common law* qui régissent les *contracts* autorisent depuis fort longtemps

³² Il importe de noter que nous ne référons ici qu'aux règles qui concernent le *partage* des biens familiaux lors de la rupture et non à celles qui restreignent ou limitent, durant le mariage, le droit de l'époux propriétaire d'en disposer en faveur d'un tiers.

³³ Voir *Matrimonial Property Act*, R.S.A. 2000, c. M-8, art. 37(1) ; *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1996, c. 128, art. 62 [*Family Relations Act (B.C.)*] ; *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1, art. 4(5) [*Family Law Act (P.E.I.)*] ; *Loi sur les biens matrimoniaux*, C.P.L.M. c. M45, art. 5(2) ; *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, c. M-1.1, art. 34 [*Loi sur les biens matrimoniaux (N.-B.)*] ; *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, art. 4(1)(f) [*Matrimonial Property Act (N.S.)*] ; *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, F.3, art. 52 [*Loi sur le droit de la famille (Ont.)*] ; *Loi de 1997 sur les biens matrimoniaux*, L.S. 1997, c. F-6.3, art. 38(1) [*Loi sur les biens matrimoniaux (Sask.)*] ; *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, art. 62 [*Family Law Act (N.L.)*] ; *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 10 [*Loi sur le droit de la famille (T.N.-O.)*] ; *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, c. 83, art. 4. Sur le sujet, voir Martha Bailey, *Le mariage et les unions libres (Annexe A)* (2000), en ligne : Commission du droit du Canada <http://www.lcc.gc.ca/research_project/00_relationships-fr.asp>. Pour un aperçu du droit américain des «*marital agreements*», voir Laura W. Morgan et Brett R. Turner, *Attacking and Defending Marital Agreements*, Illinois, American Bar Association, Section of Family Law, 2001 à la p. 361 et s.

³⁴ *Loi sur les biens matrimoniaux (N.-B.)*, *ibid.*, art. 41.

³⁵ «Unconscionability means a result shocking to the conscience of the court, not merely unfair or unexpected» (Gerald P. Sadvari, «Marriage Contracts : What are the Chances yours Will be set Aside?» dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada — Family Law: Roles, Fairness and Equality*, Toronto, Carswell, 1993, 281 à la p. 293).

³⁶ *Matrimonial Property Act (N.S.)*, *supra* note 33, art. 29. Voir également «Domestic Contracts in Nova Scotia», *Canadian Family Law Guide*, vol. 1, p. 5409.

³⁷ *Loi sur le droit de la famille (Ont.)*, *supra* note 33, art. 56(4). Voir également «Domestic Contracts in Nova Scotia», *Canadian Family Law Guide*, vol. 1, p. 5468 ; James G. McLeod et Alfred A. Mamo, *Annual Review of Family Law*, Toronto, Carswell, 2005 aux pp. 437-38.

³⁸ *Family Law Act (N.L.)*, *supra* note 33, art. 66(4).

³⁹ *Family Law Act (P.E.I.)*, *supra* note 33, art. 55(4).

⁴⁰ *Loi sur le droit de la famille (Nunavut)*, L.T.N.-O. 1997, c. 18, art. 8(4), telle qu'adoptée pour le Nunavut conformément à la *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28.

⁴¹ *Loi sur le droit de la famille (T.N.-O.)*, *supra* note 33, art. 8(4).

la rescision d'ententes exorbitantes⁴². En Saskatchewan, «le tribunal qui estime qu'au moment de sa conclusion, le contrat familial était exorbitant ou créait une injustice flagrante, peut répartir les biens ou leur valeur [...], comme si le contrat familial n'existait pas»⁴³. Enfin, en Colombie-Britannique, le tribunal peut ordonner le partage des biens visés par le contrat, selon les proportions qu'il estime raisonnables, lorsque les dispositions du contrat sont inéquitables, compte tenu :

[...] (a) de la durée du mariage, (b) de la durée de la séparation de fait, (c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien, (d) de la proportion dans laquelle le bien a été acquis par l'un des conjoints par voie de succession ou de donation, (e) du besoin de chaque conjoint de devenir ou de demeurer économiquement indépendant et autonome ou (f) de toute autre circonstance ayant trait à l'acquisition, à la conservation, à l'entretien, à l'amélioration ou à l'utilisation d'un bien, ou aux moyens ou dettes d'un conjoint [notre traduction]⁴⁴.

Dans ces provinces, les tribunaux jouissent donc d'une certaine discrétion dans l'application des contrats de mariage. Même exempts de pression ou d'erreur, les choix contractuels n'ont pas, comme au Québec, une portée absolue; ils sont sujets à révision judiciaire en fonction de normes de contrôle plus ou moins explicites⁴⁵.

À cet égard, on remarquera que les lois du Nouveau-Brunswick et de la Colombie-Britannique établissent un critère d'intervention judiciaire plus souple que celui prévu dans les autres provinces. Comme l'expriment Laura W. Morgan et Brett R. Turner :

The test for unconscionability is harder to meet than the test for unfairness. Accordingly, if the evidence is sufficient to prove that the agreement is fair,

⁴² Stephen M. Waddams, *The Law of Contracts*, 4^e éd., Toronto, Canada Law Book, 2005 à la p. 319 et s. Voir également Michael A. Menear, «Effectiveness of Domestic Contracts» (1995) 13 Can. Fam. L.Q. 1 à la p. 12 ; D.A. Rollie Thompson, «When is a Family Law Contract Not Invalid, Unenforceable, Overridden or Varied?» (2001) 19 Can. Fam. L.Q. 399 à la p. 413 et s. ; Berend Hovius, *Family Law: Cases, Notes and Materials*, 6^e éd., Toronto, Carswell, 2005 aux pp. 925-26 ; Martha Shaffer, «Domestic Contracts, Part II: The Supreme Court's Decision in Hartshorne v. Hartshorne» (2004) 20 Rev. Can. D. Fam. 261 à la p. 280. Voir également *Freake v. Freake*, [2004] 238 Nfld. & P.E.I.R. 203, [2004] R.F.L. (5^e) 1, 2004 NLCA 39 [*Freake*].

⁴³ *Loi sur les biens matrimoniaux (Sask.)*, *supra* note 33, art. 24(3).

⁴⁴ *Family Relations Act (B.C.)*, *supra* note 33, art. 65(1).

⁴⁵ Le droit américain serait au même effet. Voir Philip Gainsley et Susan C. Rhode, «The Role of Substantive Fairness in Premarital Agreements» dans Edward L. Winer et Lewis Becker, dir., *Premarital and Marital Contracts*, Illinois, American Bar Association, Section of Family Law, 1993, 51 à la p. 53:

While the standards vary, the majority of jurisdictions give at least some consideration to the substantive fairness of a premarital agreement when deciding its validity. [...] Many jurisdictions have adopted the «substantive fairness» concept with all the vagueness that standard may present. Other jurisdictions have rejected a vague concept of «substantive fairness» and have instead adopted fairness standards deemed to be more readily defined and measured. These standards include «foreseeability» and «unconscionability».

then the agreement is not unconscionable. [...] Since unconscionability is a harder test, many agreements that are unfair will still be considered conscionable⁴⁶.

En apparence, la norme d'équité implique donc une retenue judiciaire beaucoup moins grande que la norme d'inadmissibilité ou d'«exorbitance». En effet, il sera plus difficile au tribunal saisi d'une demande de révision ou d'annulation de se convaincre du caractère *inadmissible* ou *exorbitant* d'un contrat que de son caractère simplement *inéquitable*.

À la lumière de l'arrêt *Hartshorne c. Hartshorne*⁴⁷ rendu en mars 2004 par la Cour suprême, la différence entre les deux normes de contrôle pourrait toutefois s'avérer plus théorique que réelle⁴⁸. Cherchant à limiter la trop grande marge de manœuvre judiciaire que la norme d'équité aurait pu laisser miroiter, la Cour suprême en a interprété la portée de façon très restrictive, s'assurant du même coup de contrecarrer le penchant interventionniste qu'auraient pu manifester certains juges.

Selon la Cour, le caractère équitable d'un contrat de mariage doit être apprécié selon une démarche en deux étapes⁴⁹. Purement objective, la première consiste à établir la condition économique dans laquelle chacun des époux se retrouverait si l'on devait appliquer les dispositions prévues au contrat de mariage, concurremment aux autres mécanismes de redistribution ou de compensation économiques prévus par la loi :

[P]our déterminer si un contrat de mariage est inéquitable, le tribunal doit commencer par l'appliquer. En particulier, il doit déterminer et attribuer à chaque époux ce à quoi il a droit, sur le plan financier, en vertu du contrat, en plus de tenir compte des autres droits émanant d'autres sources, dont les aliments entre époux et ceux payables aux enfants⁵⁰.

La seconde étape consiste à analyser la situation particulière des conjoints, tant en fonction de leurs attentes initiales que des changements de circonstances survenus entre la date de conclusion du contrat et celle de la rupture. Évidemment, la prise en compte de tels facteurs colore la norme d'équité d'une teinte subjective. Le tribunal ne peut se contenter d'apprécier *in abstracto* la situation économique des parties au moment de la dissolution matrimoniale⁵¹, il doit aussi prendre en considération les prévisions et intentions qu'elles ont exprimées dans leur contrat de mariage :

[P]our déterminer si un contrat de mariage est équitable ou inéquitable au moment de la répartition des biens, il faut tenir compte du point de vue des

⁴⁶ Morgan et Turner, *supra* note 33 à la p. 426.

⁴⁷ [2004] 1 R.C.S. 550, 236 D.L.R. (4^e) 193, 2004 CSC 22 [*Hartshorne*].

⁴⁸ Shaffer, *supra* note 42 aux pp. 280-81, 288-89.

⁴⁹ James C. MacDonald et Lee K. Ferrier, *Canadian Divorce law and Practice*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1986 au n^o 15, § 155 A.

⁵⁰ *Hartshorne*, *supra* note 47 au para. 47.

⁵¹ Tel que suggéré par les juges minoritaires : juges Binnie, LeBel et Deschamps dissidents en partie (*ibid.*).

parties. [...] Si la vie des parties évolue exactement comme elles l'avaient prévu à la formation du contrat, conclure que le contrat est inéquitable au moment de la répartition des biens revient essentiellement à substituer la conception d'équité du tribunal à celle des parties, pourvu que rien d'autre n'indique que les parties n'ont pas vraiment rationnellement et complètement tenu compte de l'effet qu'aurait leur décision. [...] [I] est donc primordial d'examiner si, au moment de la répartition des biens, les parties se trouvaient dans la situation qu'elles avaient prévue lors de la formation du contrat, si elles ont vraiment pris en considération l'effet qu'aurait leur décision et si, durant leur mariage, elles ont dû ajuster leur contrat en fonction d'une situation différente de celle qu'elles avaient anticipée, soit en raison d'un changement de circonstances, soit simplement parce qu'elles n'ont pas considéré suffisamment ou d'une manière réaliste les conséquences de leurs choix⁵².

En situant la problématique dans la sphère des intentions initialement exprimées par les époux, de leurs prévisions réalistes et des mesures qu'elles ont prises à la suite d'un changement de circonstances dites imprévisibles, la Cour suprême s'inscrit dans le sillage de l'arrêt *Miglin c. Miglin*⁵³. Dans cette cause, faut-il le rappeler, la Cour a confirmé la valeur des ententes alimentaires de divorce en accordant une grande importance au facteur «changement». Selon les principes dégagés dans *Miglin*, la réouverture d'une entente alimentaire de divorce ne dépend pas uniquement des conditions dans lesquelles les parties l'ont négociée (*procedural fairness*), non plus que de la seule nature des dispositions qui la composent (*substantive fairness*)⁵⁴; il incombe également au requérant de démontrer que :

[...] compte tenu des nouvelles circonstances, les modalités de l'accord ne traduisent plus ce qu'était la volonté des parties au moment où il a été conclu, ni les objectifs de la Loi. Il sera donc nécessaire de démontrer que ces nouvelles circonstances ne pouvaient raisonnablement pas être prévues par les parties et qu'elles ont mené à une situation qui ne peut être tolérée⁵⁵.

Bien que la perspective d'analyse des affaires *Hartshorne* et *Miglin* diffère, la Cour appuie son préjugé favorable aux ententes alimentaires et au contrat de mariage sur des principes similaires⁵⁶. Au nom de la majorité le juge Bastarache écrit : «en examinant la question de la déférence, notre Cour peut s'appuyer sur l'arrêt *Miglin* [...] eu égard à sa proposition juridique générale qu'il y a lieu d'accorder un certain

⁵² *Hartshorne*, supra note 47 au para. 44.

⁵³ [2003] 1 R.C.S. 303, 2003 SCC 24 [*Miglin*]. Voir Alain Roy, «La Cour suprême se prononce sur le poids des conventions alimentaires de divorce» (2004) 106 R. du N. 137.

⁵⁴ Sur ces notions, voir Massol, *La lésion entre majeurs*, supra note 11 à la p. 92.

⁵⁵ *Miglin*, supra note 53 aux para. 88-89. Pour une revue sommaire des jugements subséquents à l'arrêt *Miglin* dans les provinces de *common law*, voir McLeod et Mamo, supra note 37 à la p. 479 et s.

⁵⁶ Voir Michel Tétrault, «Commentaire sur la décision *Hartshorne c. Hartshorne* — Les arrêts *Miglin*, Wash, Moge, Bracklow et Boston revisités : de l'importance des conventions matrimoniales et des conventions sur mesures accessoires», *Droit civil en ligne (DCL) — Repères*, 2004, EYB2004REP222 ; Suzanne Amphousse, «Convention entre époux, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Miglin c. Miglin* et les autres», *Droit civil en ligne (DCL) — Repères*, 2004, EYB2004DEV437. Voir également McLeod et Mamo, *ibid.* aux pp. 445, 448.

poids aux contrats de mariage»⁵⁷. Un poids qui, dans un cas comme dans l'autre, s'accroîtra considérablement en l'absence d'un changement subséquent et imprévisible de circonstances :

Le fardeau qui incombe au demandeur d'établir l'existence d'une iniquité est plus lourd lorsqu'il ressort du contrat et des circonstances ayant entouré sa formation que les parties ont prévu, au départ, la situation dans laquelle elles se trouvent aujourd'hui et qu'elles ont alors réagi en conséquence⁵⁸.

Le contrat de mariage conclu en application des lois de la Colombie-Britannique et du Nouveau-Brunswick constitue donc un véritable engagement dont un époux ne saurait se soustraire au jour de la rupture, sous prétexte qu'il lui serait objectivement plus avantageux de recourir aux dispositions du régime législatif supplétif. Contrairement à l'interprétation que certains préconisaient, la simple démonstration d'un écart important entre les droits résultant du régime supplétif et ceux découlant du contrat ne permettra plus de conclure au caractère inéquitable des choix contractuels⁵⁹. Les tribunaux devront impérativement s'intéresser à l'évolution de la

⁵⁷ *Hartshorne*, supra note 47 au para. 40.

⁵⁸ *Ibid.* au para. 44. Une telle interprétation n'est pas inusitée, la West Virginia Supreme Court ayant déjà statué dans le même sens dans l'arrêt *Gant v. Gant*, 329 S.E.2d 106 à la p. 114 (W. Va. Sup. Ct. App. Div. 1985), cité dans Philip Gainsley et Susan C. Rhode, «The Role of Substantive Fairness in Premarital Agreements» dans Edward L. Winer et Lewis Becker, dir., *Premarital and Marital Contracts*, Illinois, American Bar Association, Section of Family Law, 1993, 51 à la p. 56:

Unless a prenuptial agreement is so outrageous as to come within unconscionability principles as developed in commercial contract law [...] West Virginia courts will not evaluate the substantive fairness of prenuptial agreements; most prenuptial agreements are designed to preserve the property interests of the stronger party. Nonetheless, prenuptial agreements will be enforce in their explicit terms only that circumstance at the time the marriage ends are roughly what the parties foresaw at the time they entered into the prenuptial agreement. In this regard, the passage of time, a change of position based upon reasonable reliance on the permanence of the marriage, and the birth of children are relevant factors, among others, for a court to consider.

⁵⁹ Rejetant cette interprétation, le juge Bastarache écrit dans l'arrêt *Hartshorne* : «Étant donné qu'un contrat familial déroge au régime légal, il est évident qu'on ne peut pas déterminer s'il est équitable en se fondant uniquement sur sa compatibilité avec ce régime» (*ibid.* au para. 9). Menear, supra note 42 à la p. 6, résume ainsi cette interprétation :

[The *Family Law Act*] represents the standard in Ontario. It is, in fact, a measuring stick. All domestic contracts will be measured against the provisions of the *Family Law Act*. [...] In other words, if the parties do for themselves, in a settlement agreement, what a judge would have done in applying the provisions of the *Family Law Act*, then the prospects of a judge interfering with the terms and provisions of the settlement agreement are quite minimal. However, if the parties, in their settlement agreement, deviate substantially from what a judge would have done in applying the provisions of the *Family Law Act*, then it is more likely that a judge will interfere with the terms of the settlement agreement.

Sur la question, voir également Shaffer, supra note 42 à la p. 270. Pour une perspective générale concernant le droit américain, voir Morgan et Turner, supra note 33 aux pp. 426-27, de même que Gainsley et Rhode, supra note 45.

relation conjugale, en tenant compte des intentions et prévisions initiales du couple. Si le contrat de mariage repose sur un consentement libre et éclairé⁶⁰ et que la relation conjugale a évolué conformément aux projections originales, les tribunaux devront faire preuve de beaucoup de retenue et de circonspection. Raisonner autrement, conclut la Cour suprême, reviendrait à vider le contrat de tout son sens⁶¹.

En somme, le juge ne pourra dorénavant intervenir pour modifier ou annuler le contrat de mariage que dans deux circonstances. D'abord, lorsque l'application des dispositions qu'il contient entraîne, au jour de la rupture, des effets inéquitables qui ne peuvent avoir été raisonnablement voulus et qui, selon toute probabilité, ne peuvent résulter d'un choix éclairé. Ensuite, lorsque la relation matrimoniale a manifestement dévié de sa trajectoire initiale, sans que les époux aient apporté au contrat les ajustements ou les correctifs susceptibles d'en maintenir l'équilibre⁶².

Plutôt que d'emprunter la voie de traverse que constitue le patrimoine familial, le législateur québécois aurait-il pu adopter une approche semblable à celle qui existe dans les autres provinces? La mise en place d'une norme de contrôle judiciaire du contrat de mariage aurait-elle pu assurer un meilleur équilibre entre liberté et équité? La réponse nous apparaît évidente. D'autant plus évidente que la norme d'équité fait partie de l'arsenal civiliste depuis belle lurette...⁶³

⁶⁰ Sur l'importance que la Cour suprême accorde à l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, voir *Hartshorne*, *ibid.* aux para. 60-61. Sur le sujet, voir également *Freaker*, *supra* note 42 ; *Sadvari*, *supra* note 35 aux pp. 286-87.

⁶¹ *Hartshorne*, *ibid.* au para. 9.

⁶² Pour une application jurisprudentielle de l'arrêt *Hartshorne*, voir *S.M.J. c. R.H.C.W.* (2005), 45 B.C.L.R. (4^e) 105, 2005 BCCA 254 ; *Kopelow c. Warketin* (2005), 261 D.L.R. (4^e) 129, 2005 BCCA 551. Voir également les références citées dans *McLeod et Mamo*, *supra* note 37 aux pp. 478-79.

⁶³ Norme d'équité à ne pas confondre avec la norme d'*Equity* de *common law*, laquelle demeure étrangère au droit civil. Comme l'écrit le professeur Kasirer :

Equity and its conceptual machinery has no official place in the law of family property in Quebec. [...] [A]s Equity eventually came to rescue economically vulnerable spouses from the strict application of the common law in the rest of Canada, the positive law of matrimonial regimes offered courts in Quebec no inherent power to revise marriage contracts or upset the operation of a freely chosen separate property matrimonial regime where it led to injustice. The resources of Chancery — specifically the division between legal and equitable title to “family property” — were not, in theory, available to a Quebec judge whose conscience was shocked when contributions to marriage went unrecognized by law [notes omises] (Kasirer, «Equity and Fault», *supra* note 29 aux pp. 573, 575).

Sur la question, voir la dissidence du juge Laskin dans *Murdoch*, *supra* note 15. Voir également Keith B. Farquhar, «Unjust enrichment — special relationship — domestic services — remedial constructive trust : *Peter v. Beblow*» (1993) 72 R. du B. can. 538.

III. Un regard vers le futur : une alternative à portée de mains

«En matière de contrats, il n'y a qu'un seul principe absolu : c'est la justice. La liberté n'est qu'un moyen en vue du juste; elle ne repose que sur une présomption de justice»⁶⁴. Cette phrase célèbre, écrite en 1912 par le juriste français Emmanuel Gounot, tranche avec le dogmatisme traditionnellement véhiculé par la théorie juridique classique⁶⁵. Selon Gounot, l'autonomie de la volonté ne saurait servir de paravent à l'injustice. En un mot, la liberté contractuelle ne doit pas être ni devenir l'instrument par lequel l'une des parties pourra exploiter l'autre.

Au Québec, un courant doctrinal s'inscrit dans cette ligne de pensée. Cherchant de diverses manières à baliser l'exercice de la liberté contractuelle autour de principes fondés sur l'équité, plusieurs auteurs ont dénoncé la rigidité de la théorie classique en proposant un renouveau conceptuel dont les deux principaux axes sont la lésion et l'imprévision⁶⁶.

⁶⁴ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912 à la p. 387. Pour une critique favorable de l'arrêt *Hartshorne*, voir Martha Bailey, «Marriage à la carte : A Comment on *Hartshorne v. Hartshorne*» (2004) 20 Rev. Can. D. Fam. 249. Pour une critique défavorable, voir Shaffer, *supra* note 42. Pour un commentaire critique de la décision dans une perspective féministe du droit, voir Susan B. Boyd, «The Responsible Divorce?», *Chronique de Hartshorne v. Hartshorne* (2004) 16 R.F.D. 397 ; Susan B. Boyd et Claire F.L. Young, «Feminism, Law, and Public Policy : Family Feuds and Taxing Times» (2004) 42 Osgoode Hall L.J. 545 à la p. 565 ; Mary Jane Mossman, «Choices and Commitments for Women : Challenging the Supreme Court of Canada in the Context of Social Assistance» (2004) 615 à la p. 619 et s.

⁶⁵ La phrase célèbre de Gounot tranche également avec la tout aussi célèbre phrase de Fouillée : «Toute justice est contractuelle [...] ; qui dit contractuel dit juste» (cité dans Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1935 à la p. 40).

⁶⁶ Voir notamment Charpentier, *L'équilibre des prestations*, *supra* note 12 aux pp. 9, 140 ; Louise Rolland, «Les figures contemporaines du contrat et le Code civil du Québec» (1999) 44 R.D. McGill 903 à la p. 916. Voir aussi Paul-André Crépeau et Élise M. Charpentier, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : valeurs partagées?*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1998 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 104. Certes, certaines notions présentes dans le *Code civil* sont fondées sur l'idée d'une plus grande justice contractuelle. Tel est le cas de la bonne foi, de l'abus de droit et de l'ordre public (voir art. 6, 7, 1375 C.c.Q.). On ne saurait toutefois s'étonner du mouvement préconisant l'introduction de mesures aux contours plus précis. L'histoire a déjà démontré la propension des tribunaux à contourner, au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, des notions par trop générales. Sur les notions d'équité contractuelle et de bonne foi, voir Paul-André Crépeau, «Le contenu obligationnel d'un contrat» (1965) R. du B can. 1 ; Brigitte Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1998. Sur la notion d'abus de droit, voir Martin, *supra* note 12 aux pp. 613-16. Pour une analyse générale de notions voisines de l'équité, voir Didier Lluellas avec la collaboration de Benoît Moore, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998 au n° 892 et s. ; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 au n° 276. Pour un aperçu du mouvement français vers un plus grand «solidarisme

A. La lésion

Selon le *Vocabulaire juridique*, la lésion correspond au «[p]réjudice que subit l'une des parties au contrat ou au partage du fait de l'inégalité originaire des prestations réciproques ou des lots, disproportion de valeur qui, dans la conception française, justifie la rescision de l'acte lésionnaire»⁶⁷.

En droit français, la lésion a été source de vifs débats théoriques⁶⁸. Alors que certains la considéraient sous l'angle subjectif des vices du consentement, d'autres y voyaient une cause objective d'annulation du contrat. Pour ces derniers, le déséquilibre contractuel constituait une cause de rescision indépendante et autonome, sans qu'il fût nécessaire de démontrer qu'un tel déséquilibre résultait d'une défaillance du consentement⁶⁹.

Au-delà des polémiques théoriques, les codificateurs français ont admis la sanction de la lésion en faveur des mineurs, des incapables, de même qu'en matière de vente immobilière et de partage⁷⁰. Selon la professeure Charpentier, chaque école de pensée a pu trouver, dans le *Code civil*, des arguments à l'appui de ses propres conceptions :

Les tenants d'une conception subjective du contrat s'appuient sur la place où figure la règle générale, c'est-à-dire dans la section traitant du consentement, alors que les tenants de la conception objective fondent leur position sur les termes des articles sanctionnant la lésion, où la question du consentement est écartée au profit d'une évaluation de l'équilibre des prestations⁷¹.

Au Québec, les codificateurs n'ont pas suivi l'exemple français, excluant expressément tout recours en annulation de contrat pour cause de lésion entre majeurs⁷². Au cours du vingtième siècle, le législateur s'est toutefois permis d'assouplir quelque peu sa position en ajoutant, ça et là, quelques règles fondées sur

contractuel», voir Christophe Jamin, *Le solidarisme contractuel : un regard franco-québécois*, 9^{ème} Conférence Albert-Mayrand, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Thémis, 2005.

⁶⁷ Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2004, s.v. «lésion». Pour d'autres définitions, voir également *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, s.v. «lésion» [*Dictionnaire de droit privé — les obligations*] et *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, s.v. «lésion» ; Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, s.v. «lésion». Lluelles et Moore, *ibid.* au n° 776 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 101 ; Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 277.

⁶⁸ Voir l'excellente synthèse présentée par Charpentier, *L'équilibre des prestations*, *supra* note 12 à la p. 60 et s.

⁶⁹ Pour une présentation des différentes conceptions de la lésion, voir Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 à la p. 84 et s.

⁷⁰ Voir art. 491-2, 510-3, 887, 1118, 1305, 1313, 1335, 1674 C. civ.

⁷¹ Élise Charpentier, «Les fondements théoriques de la transformation du rôle de l'équilibre des prestations contractuelles» (2004) 45 C. de. D. 69 à la p. 82. Voir également Lluelles et Moore, *supra* note 66 au n° 784, n. 1313.

⁷² Art. 1012 C.c.B.C. Voir Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 267 ; Jobin, *supra* note 30 à la p. 425.

l'équité. Ainsi espérait-il freiner les abus les plus notoires, notamment dans le domaine du prêt d'argent⁷³.

Il faudra cependant attendre les travaux de l'Office de révision du *Code civil* au début des années 80 pour qu'une véritable réflexion sur la lésion prenne forme. Très progressiste, le rapport de l'Office suggérait l'introduction d'une disposition générale permettant d'annuler *tout* contrat entre majeurs pour cause de lésion :

Art. 37 C.c.Q. : La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation⁷⁴.

L'universalité du principe de l'article 37 sera partiellement entamée dans l'avant-projet de loi portant réforme du *Code civil du Québec*⁷⁵, pour complètement disparaître dans le Projet de loi 125⁷⁶. Les critiques adressées par divers intervenants, dont le Barreau et la Chambre des notaires, auront finalement convaincu les autorités gouvernementales de ne pas retenir la proposition de l'Office de révision⁷⁷. Craignant principalement l'instabilité contractuelle qu'aurait pu générer l'adoption d'un tel principe⁷⁸, les deux ordres professionnels ont suggéré au législateur de circonscrire la lésion à des secteurs d'activités précis, plutôt que d'en généraliser l'application. Les articles 1405 et 1406 C.c.Q. traduisent intégralement cette recommandation⁷⁹ :

⁷³ Voir art. 1056(b) et 1040(c) C.c.B.C. Voir également l'art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1. Sur ces dispositions, voir Martin, *supra* note 12 aux pp. 610-12 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 106.1 ; Jobin et Vézina, *ibid.* aux n° 269-71.

⁷⁴ Québec, Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, livre V, Québec, Éditeur officiel, 1978, art. 37.

⁷⁵ *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Avant-projet de loi, 2^e sess., 33^e lég. Québec, 1988, art. 1449. Cette disposition limitait l'application de la lésion aux seules personnes physiques qui ne contractaient pas pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise.

⁷⁶ P.L. 125, *Code civil du Québec*, 1^{re} sess., 34^e lég., Québec, 1991. Pour une présentation détaillée de l'évolution du dossier législatif, voir Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 à la p. 84 et s.

⁷⁷ À ces critiques s'ajoutèrent les conclusions d'un comité d'experts présidé par le juge Jean-Louis Baudouin qui recommanda l'abandon du principe de la lésion (Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 104).

⁷⁸ À l'appui de cette position, voir notamment Richard A. Epstein, «Unconscionability : a Critical Reappraisal» (1975) 18 J.L. & Econ. 293. Certains n'ont pas hésité à dénoncer avec vigueur cet argument. Ainsi, le professeur Crépeau écrit : «[e]n certains milieux, lorsque l'on pense à la lésion, on croit apercevoir un monstre qui, tel le monstre du Lochness, va surgir des eaux pour mettre en péril la sécurité et la stabilité des contrats [...]» (Paul-André Crépeau, «Les principes directeurs de la réforme du louage des choses», (1974) *Meredith Mem. Lec.* 9 à la p. 18). Le professeur Pineau dénonce également cet argument, faisant remarquer qu'en Allemagne (*Code civil allemand — BGB*, art. 138) et en Suisse (*Code des obligations*, art. 21), l'introduction du principe de la lésion n'a pas entraîné d'instabilité chronique (Pineau, Burman et Gaudet, *ibid.* au n° 104). Au même effet, voir Lluellas et Moore, *supra* note 66 aux n° 880, n. 1578, n° 907, n. 1658. Pour une étude des dispositions allemande et suisse, voir Massol, *La lésion entre majeurs*, *supra* note 11 à la p. 32 et s.

⁷⁹ Voir d'ailleurs Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 853.

Art. 1405 C.c.Q. : Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

Art. 1406 C.c.Q. : La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation⁸⁰.

L'article 1406 C.c.Q. constitue une innovation importante par rapport au droit antérieur. L'introduction d'une définition formelle de la lésion permet de déterminer l'angle théorique sous lequel il faut envisager la notion⁸¹. Située entre les théories objective et subjective du droit français, la notion de lésion du droit québécois est de nature «mixte»⁸². Comme l'explique la professeure Charpentier :

L'intégration de l'idée d'exploitation dans le concept de lésion transforme celui-ci; le fondement de la lésion n'est plus une «présomption» d'absence de consentement qui se manifeste par le déséquilibre des prestations, mais une sanction de l'exploitation. [...] La conception mixte révèle avant tout une idée profondément morale : le refus de l'exploitation. En ce sens, la lésion participe davantage de l'idée d'équité que de celle du vice de consentement. [...] [L]a nouvelle conception de la lésion s'apparente à l'«iniquité» de la *common law* car, comme elle, elle ne s'intéresse pas directement à l'existence ou à la qualité du consentement, mais plutôt à «the overall odious nature of the transaction and the circumstances under which the bargain was struck» [notes omises]⁸³.

Quant à l'article 1405 C.c.Q., il reprend le principe de l'article 1012 C.c.B.-C., à ceci près que des exceptions sont maintenant possibles⁸⁴. Parmi les exceptions se

⁸⁰ Cette présomption n'est pas irréfragable, le contractant pouvant démontrer l'absence d'exploitation : art. 2847, al. 2 C.c.Q. Voir Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 289 ; Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 à la p. 104. Sur l'interprétation que l'on doit donner aux termes «disproportion importante» contenus à l'art. 1406 C.c.Q., voir notamment Lluellas et Moore, *supra* note 66 au n° 797 ; Jean Pineau, «La théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. 2, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université de Laval, 1993, 9 à la p. 59 ; Jobin et Vézina, *ibid.* au n° 287.

⁸¹ Voir Lluellas et Moore, *ibid.* aux n° 786, 810-12 ; Crépeau et Charpentier, *ibid.* à la p. 104.

⁸² Ainsi, selon l'art. 37 du rapport, «la lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat. La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation» (Office de révision du Code civil, *supra* note 74).

⁸³ Charpentier, *L'équilibre des prestations*, *supra* note 12 aux pp. 78-79, 199, 200 (citant John-Paul F. Bogden, «On the “Agreement Most Foul”: A Reconsideration of the Doctrine of Unconscionability» (1997) 25 Man. L.J. 187, 190). Voir également les nombreuses références citées par l'auteur au n° 182. Sur le rapprochement entre les notions de lésion et d'*unconscionability*, Horacio Spector écrit : «In civil law jurisdictions, the doctrine of *laesio enormis*, which is an expansive construal of a remedy in Roman law, performs basically the same function as the doctrine of unconscionability» (Horacio Spector, «A Contractarian Approach to Unconscionability» (2006) 81 Chicago-Kent L. Rev. 95 au n° 2. Voir également Massol, *La lésion entre majeurs*, *supra* note 11 à la p. 79 et s.

⁸⁴ Adrian Popovici, «Le nouveau Code civil et les contrats d'adhésion», [1992] *Mer. Mem. Lect.* 137, 150.

trouvent notamment les actes de renonciation au patrimoine familial et à la société d'acquêts⁸⁵. Conscient du contexte particulier qui préside à la signature de ces actes, le législateur québécois permet au tribunal de les annuler pour cause de lésion, et ce, en dépit de la protection qu'est censée assurer l'intervention du notaire instrumentant⁸⁶ :

Art. 424 C.c.Q. : La renonciation de l'un des époux, par acte notarié, au partage du patrimoine familial peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.

Art. 472 C.c.Q. : [L]a renonciation [aux acquêts, par acte notarié⁸⁷] peut être annulée pour cause de lésion ou pour toute autre cause de nullité des contrats.

On aurait pu croire que les tribunaux se seraient montrés hésitants à appliquer ces règles d'exception, mais tel n'a pas été le cas. Les juges en ont, au contraire, interprété la portée de façon extrêmement libérale. Dans leur traité sur les obligations, les professeurs Jobin et Vézina expliquent en ce sens : «On observe une tendance des tribunaux à appliquer la lésion à toutes les ententes sur les mesures accessoires au divorce ou à la séparation, même en dehors de la renonciation au partage du patrimoine familial et de celle au partage de la société d'acquêts»⁸⁸.

⁸⁵ Notons que l'annulation de telles renonciations pour cause de lésion était possible avant la réforme de 1994. Voir les anciens art. 462.11 C.c.Q. (1980) en matière de patrimoine familial et 504 C.c.Q. (1980) en matière de société d'acquêts. Pour une étude de ces dispositions, voir Georges Massol, «La lésion comme motif d'annulation de la renonciation au partage familial et à la société d'acquêts» dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Le partage du patrimoine familial et ses conséquences juridiques*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990, 29. Pour quelques illustrations jurisprudentielles, voir *Droit de la famille-1411*, [1991] R.J.Q. 1889 (C.S.) ; *Droit de la famille-1541*, J.E. 92-395 (C.S.) ; *Droit de la famille-1998*, [1994] R.D.F. 353 à la p. 358 (C.S.) ; *Droit de la famille-2057*, [1994] R.D.F. 680 (C.S.) ; *Droit de la famille-2204*, [1995] R.D.F. 333 (C.S.) ; *Droit de la famille-2258*, [1995] R.J.Q. 2418 (C.S.) ; *Droit de la famille-3181*, [1999] R.D.F. 20 (C.S.) ; *Droit de la famille-2452*, [1996] R.D.F. 466 (C.A.) ; *Droit de la famille-2472*, [1996] R.J.Q. 1946 à la p. 1951 (C.S.) ; *Droit de la famille-3545*, J.E. 2000-562 (C.A.) et *Droit de la famille-3494*, [2000] R.D.F. 68 (C.S.). Cela dit, la lésion prévue par ces anciennes dispositions n'était pas la lésion «mixte», mais la lésion objective (Charpentier, *L'équilibre des prestations*, *supra* note 12 à la p. 205). Pour d'autres actes susceptibles d'annulation pour cause de lésion, voir art. 2332 C.c.Q. À l'extérieur du *Code civil*, certaines lois prévoient également des mécanismes de redressement en cas d'iniquité ou de déséquilibre économique. Tel est le cas, notamment, de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 73, et de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q. c. N-1.1.

⁸⁶ Mentionnons au passage que les balises institutionnelles sur lesquelles sont fondées l'indépendance et l'impartialité du notaire québécois ne sont en rien comparables avec celles qui caractérisent le notariat latin en vigueur dans la plupart des pays de tradition civiliste, d'où l'importance, dans certaines circonstances, d'ajouter une mesure de protection supplémentaire. Voir Alain Roy, «Notariat et multidisciplinarité : Reflet d'une crise d'identité professionnelle?» (2004) 106 R. du N. 1.

⁸⁷ L'exigence de la forme notariée découle de l'art. 469 C.c.Q.

⁸⁸ Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 283. Voir d'ailleurs *Droit de la famille-2325*, [1996] R.J.Q. 34 (C.A.). Voir également Jobin, *supra* note 30 aux pp. 448-49.

À notre avis, ces dispositions (et l'interprétation qu'en retiennent les tribunaux) ont valeur de précédent et permettent d'alimenter, voire de légitimer certains questionnements. À l'instar des provinces de *common law* qui accordent au juge le droit d'annuler les contrats de mariage pour cause d'*unfairness* ou d'*unconscionability*⁸⁹, pourquoi ne pas ajouter la lésion aux causes d'annulation du contrat de mariage⁹⁰? Plutôt que de limiter la liberté contractuelle des époux en les assujettissant au régime primaire extrêmement envahissant que représente le patrimoine familial, pourquoi ne pas donner au tribunal le pouvoir d'écarter, en tout ou en partie, les dispositions d'un contrat de mariage lésionnaire, au sens de l'article 1406 C.c.Q.⁹¹?

Si les tribunaux avaient disposé d'un tel pouvoir au début des années 80, il y a tout lieu de croire que les dommages économiques causés aux femmes mariées sous le régime de la séparation de biens ne se seraient pas matérialisés. Les juges n'auraient pu se retrancher derrière les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté pour sanctionner des conventions inéquitable. Ainsi, le contrat de mariage privant la femme demeurée au foyer durant le mariage de toute participation dans le patrimoine accumulé par son mari aurait pu être jugé lésionnaire et, partant, rescindé. On aurait pu, en effet, y déceler la manifestation d'une «disproportion importante» entre les retombées pécuniaires générées par l'apport respectif de chacun des époux. Une telle disproportion aurait entraîné l'application de la présomption d'exploitation, que le mari aurait eu beaucoup de mal à repousser, étant donné la concentration des ressources et, incidemment, du pouvoir, entre ses mains⁹².

Bref, en permettant au tribunal d'annuler un contrat de mariage pour cause de lésion «mixte», le législateur québécois aurait vraisemblablement atteint l'objectif qu'il visait avec la prestation compensatoire⁹³. Dans cette perspective, le recours au régime uniforme, automatique et obligatoire que constitue le patrimoine familial se serait révélé inutile.

⁸⁹ Voir la partie II, ci-dessus.

⁹⁰ La doctrine québécoise en matière d'obligations se rallie d'ailleurs majoritairement à l'idée d'introduire le principe de la lésion en toute matière (comme le suggérait l'Office de révision du Code civil). Voir notamment Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 ; Lluellas et Moore, *supra* note 66 au n° 907 ; Maurice Tancelin, *Des obligations — Actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 au n° 209 et s. ; Louis Perret, «Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle» (1980) 11 R.G.D. 537 ; Rolland, *supra* note 66 à la p. 916 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 104.

⁹¹ En fait, si la lésion était admise en matière de convention matrimoniale, la règle prévue à l'art. 1408 C.c.Q. pourrait certainement s'appliquer : «Le tribunal peut, en cas de lésion, maintenir le contrat dont la nullité est demandée, lorsque le défendeur offre une réduction de sa créance et un supplément pécuniaire équitable». Pour un exposé détaillé et fort bien présenté sur les sanctions de la lésion, voir Lluellas et Moore, *ibid.* au n° 909 et s.

⁹² Voir, par analogie, Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 288.

⁹³ Voir la partie I, ci-dessus.

Cela dit, la lésion n'aurait pas suffi — et ne suffirait pas — à éliminer toutes les injustices résultant de l'application d'un contrat de mariage. Contrairement à la notion d'*unconscionability* qui, en contexte matrimonial, permet désormais au tribunal de considérer non seulement les éléments liés à la formation du contrat, mais également ceux se rapportant à l'évolution de la relation⁹⁴, «l'appréciation de la lésion doit se faire en prenant pour point de référence le moment de la naissance de l'obligation, et non un autre moment, antérieur ou ultérieur»⁹⁵. En d'autres termes, explique le professeur Lluelles, la lésion autorise le juge à intervenir lorsque la disproportion est présente lors de la formation du contrat⁹⁶, mais n'est d'aucune utilité lorsque l'équilibre contractuel est rompu en raison de circonstances postérieures à la conclusion du contrat.

B. L'imprévision

C'est par la théorie de l'imprévision que le droit civil envisage l'intervention judiciaire afin que soit corrigé le déséquilibre économique résultant d'une évolution contractuelle non conforme aux attentes initialement exprimées dans le contrat⁹⁷. Comme l'énonce le doyen Carbonnier, «la lésion doit avoir son germe dans le contrat lui-même, dans une inégalité interne des prestations, tandis [qu'en matière d'imprévision] on a affaire à un bouleversement survenu du dehors, par un événement casuel et imprévu»⁹⁸.

Suivant en cela l'exemple du droit français⁹⁹, le législateur québécois n'a jamais sanctionné l'imprévision. Aucune trace d'une telle théorie ne peut être décelée dans

⁹⁴ *Hartshorne*, *supra* note 47 au para. 9.

⁹⁵ Lluelles et Moore, *supra* note 66 au n° 801.

⁹⁶ *Ibid.* au n° 801 et s. Voir également Bédard, *supra* note 12 à la p. 770. Voir aussi, en matière de renonciation au patrimoine familial, *Droit de la famille — 2204*, [1995] R.D.F. 333, 339 (C.S.).

⁹⁷ Notons toutefois que certains auteurs français traitent de la théorie de l'imprévision en employant l'expression «lésion *a posteriori*». Voir par ex. B. Margo, *Lésion "a posteriori" et imprévision dans les contrats*, thèse de doctorat en droit, Paris, Université de Paris, 1949 aux pp. 2, 94, tel que cité dans Bédard, *ibid.* à la p. 768, au n° 27. Pour une définition de l'imprévision, voir *Dictionnaire de droit privé — Les obligations*, *supra* note 67, s.v. «imprévision».

⁹⁸ De tels propos traduisent bien le fait que l'imprévision, contrairement à la lésion, ne comporte pas l'idée d'«exploitation» (Jean Carbonnier, *Droit civil : Les obligations*, t. 4, 22^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2000 à la p. 281, au n° 144). Sur le sujet, voir aussi Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 126. Voir aussi ce qu'écrivent les auteurs au n° 454.

⁹⁹ Dès 1876, la Cour de Cassation écrivait : «dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants» (Cass. civ., 6 mars 1876, tel que cité dans Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2000 à la p. 126, au n° 163). Voir aussi Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Éric Savaux, *Les obligations—L'acte juridique*, vol. 1, 9^e éd., Paris, Armand Colin, 1999 au n° 406 ; Bénédicte

l'ancien *Code civil du Bas Canada*¹⁰⁰. Mises à part quelques exceptions bien circonscrites¹⁰¹, la situation est demeurée la même sous le *Code civil du Québec*¹⁰², malgré la recommandation favorable de l'Office de révision du Code civil. Inspiré par l'adage *rebus sic stantibus*, l'Office proposait on ne peut plus clairement l'intégration de la théorie de l'imprévision au droit civil québécois :

Art. 75 C.c.Q. : La survenance de circonstances imprévisibles qui rendent l'exécution du contrat plus onéreuse ne libère pas le débiteur de son obligation.

Exceptionnellement, le tribunal peut, nonobstant toute convention contraire, résoudre, résilier ou réviser un contrat dont l'exécution entraînerait un préjudice excessif pour l'une des parties, *par suite de circonstances imprévisibles qui ne lui sont pas imputables* [nos italiques]¹⁰³.

Les autorités gouvernementales n'ont pas repris les termes de l'article 75 dans l'avant-projet de loi portant réforme du *Code civil du Québec*, coupant court à toute discussion sur le sujet en commission parlementaire. Sans doute les autorités gouvernementales ont-elles d'emblée adhéré aux critiques généralement formulés par les détracteurs de l'imprévision¹⁰⁴.

Comme le souligne Julie Bédard, «[l]a nécessité de sécurité dans les conventions, qui découlerait de la préservation farouche du principe de l'autonomie de la volonté,

Fauvarque-Cosson, «Le changement de circonstances» R.D.C. (2004), 67 ; Jean Savatier, «La théorie de l'imprévision dans les contrats» dans *Études de droit contemporain : contributions françaises aux III et IV Congrès internationaux de droit comparé*, s. 2, Paris, Sirey, 1959, 1 ; Claude Witz, «Force obligatoire et durée du contrat» dans Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, dir., *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, 175.

¹⁰⁰ Le juge Nichols écrivait en 1975 : «[...] qu'en droit québécois, la théorie de l'imprévision ou de la révision n'a pas réussi à bouleverser les principes traditionnels du droit civil tel que le principe de l'immutabilité des obligations contractuelles» (*Grant Mills*, *supra* note 12 à la p. 1204). Dans le même sens, voir *Hudson's Bay Co. c. Wise Brothers Ltd*, [1983] C.A. 501 (Qué) ; *H. Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, J.E. 87-970 (C.A.).

¹⁰¹ Voir les art. 1834 C.c.Q en matière de donation, 1294 C.c.Q. en matière de fiducie et 771 C.c.Q. en matière de legs avec charge. Voir aussi l'art. 2778 C.c.Q. en matière hypothécaire. Sur le sujet, voir Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 455.

¹⁰² Voir art. 1439, 1470 C.c.Q. Voir aussi Lluellas et Moore, *supra* note 66 au n° 803 ; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 285 ; Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 à la p. 32 ; Jobin, *supra* note 30 à la p. 439 ; *Québec (P.G.) c. Kabakian-Kechichian*, [2000] R.J.Q. 1730 à la p. 1738 (C.A.). Notons que certains semblent considérer que les tribunaux pourraient utiliser la notion de bonne foi pour «réviser» certains contrats en cours d'exécution. Voir par ex. Brigitte Lefebvre, «La bonne foi : notion protéiforme» (1996) 26 R.D.U.S. 321 à la p. 352 ; Martin, *supra* note 12 à la p. 624 ; Tancelin, *supra* note 90 aux n° 352-53. En droit français, non seulement la notion de bonne foi, mais également la théorie de la cause, sont parfois évoquées pour valoir à titre de technique de substitution à la théorie de l'imprévision. Voir Hervé Lécuyer, «Le contrat, acte de prévision» dans *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Presses Universitaires de France — Dalloz, 1999, 643 à la p. 656.

¹⁰³ Office de révision du Code civil, *supra* note 74.

¹⁰⁴ Jobin, *supra* note 30 à la p. 439.

est l'argument le plus fréquemment invoqué à l'encontre de la théorie de l'imprévision»¹⁰⁵. Autrement dit, on craint que le pouvoir reconnu au juge de réviser les termes d'une entente dûment conclue en raison de circonstances que les parties contractantes n'avaient manifestement pas prévues, soit source d'instabilité économique et nuise ainsi au cours normal des affaires¹⁰⁶.

Bien que ces considérations soient étrangères au contexte matrimonial dont les fondements ne relèvent pas d'une logique marchande, il importe de spécifier que de telles craintes reposent sur des bases plus que fragiles. En effet, plusieurs pays, dont l'Allemagne, l'Italie et la Suisse, reconnaissent la théorie de l'imprévision, sans pour autant sombrer dans le chaos¹⁰⁷. Les principes d'Unidroit accordent également aux autorités compétentes le pouvoir de réviser une entente devenue inéquitable ou d'imposer aux parties l'obligation d'en renégocier les termes¹⁰⁸.

Or, tout comme le contrat d'affaires, un contrat de mariage originellement équitable peut devenir inéquitable, en raison d'un changement de circonstances. Afin d'illustrer cette affirmation, replaçons-nous, encore une fois, à l'époque précédant l'introduction du patrimoine familial, alors que les époux disposaient encore d'une liberté contractuelle pleine et entière. Imaginons le cas d'un contrat de mariage prévoyant l'établissement d'un régime de séparation de biens entre deux jeunes professionnels, exprimant clairement et librement, au moment du mariage, leur intention de ne pas avoir d'enfants et de poursuivre leur carrière respective. Au moment de la signature, un tel contrat aurait été jugé parfaitement équitable, les conjoints étant en position égalitaire l'un par rapport à l'autre. Le contrat aurait toutefois pu devenir inéquitable si le couple s'était découvert, cinq ans plus tard, une vocation parentale et avait décidé de mettre en veilleuse la carrière de l'épouse afin qu'elle puisse se consacrer à l'éducation des enfants. Il va sans dire qu'en abandonnant son emploi, l'épouse aurait subi un important préjudice économique que le tribunal n'aurait pu «réparer» en s'appuyant sur la lésion. En effet, le déséquilibre économique n'aurait pas résulté du contrat lui-même, mais de l'évolution de la relation. Seule la théorie de l'imprévision aurait permis au tribunal d'inciter les conjoints à renégocier les termes du contrat de mariage ou, à défaut, de rééquilibrer d'office les prestations en fonction de leur nouvelle réalité¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Bédard, *supra* note 12 à la p. 782. Voir aussi Martin, *supra* note 12 à la p. 603.

¹⁰⁶ Ambroise Colin et Henri Capitant, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959 à la p. 452 et s. En ce sens, voir Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 285.

¹⁰⁷ Denis Mazeaud, *Les dix commandements du droit français contemporain des contrats*, Quatrième Conférences Roger-Comtois, Montréal, Thémis, 2006 à la p. 28.

¹⁰⁸ *Principes relatifs aux contrats du commerce international (Unidroit)* (1994), reproduit dans Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 aux pp. 142-83. Voir aussi l'analyse que font les auteurs des dispositions pertinentes à la p. 116 et s.

¹⁰⁹ Évidemment, l'explicitation formelle des différentes attentes conjugales au moment du mariage (tant sur le plan patrimonial que relationnel) constituerait un outil précieux pour le tribunal appelé à apprécier les changements de circonstances invoqués. Pour un plaidoyer en ce sens, voir Roy, *Le contrat de mariage réinventé*, *supra* note 6 à la p. 372 et s.

Bien qu'elle n'ait pas été retenue par le législateur québécois, plusieurs auteurs préconisent l'introduction de la théorie de l'imprévision dans le *Code civil*¹¹⁰. Qui plus est, en matière commerciale, un grand nombre de contractants s'y soumettent volontairement. En effet, il est fréquent de retrouver dans les contrats commerciaux de longue durée et dans les contrats internationaux, «des clauses d'indexation ou des clauses de révision, de sauvegarde ou de “hardship”, qui permettent de modifier les prix ou de réaménager le contrat dans l'hypothèse ou des changements dans la conjoncture viendraient à le déséquilibrer gravement»¹¹¹. Ces clauses sont parfaitement valables et engagent les parties. Elles leur imposent l'obligation de renégocier l'accord initial en toute bonne foi, ou à défaut, de soumettre leur litige à l'arbitrage¹¹².

Il est intéressant de constater qu'un phénomène similaire semble se dessiner progressivement en matière matrimoniale. Dans un article publié en 1995 dans la *Revue du Notariat*, nous avons suggéré la stipulation, dans les contrats de mariage, d'une clause de «suivi juridique»¹¹³. Reprise un an plus tard dans les formulaires de pratique professionnelle de la Chambre des notaires du Québec, cette clause se lit ainsi :

Les futurs époux reconnaissent que le présent contrat est établi en fonction de leur situation actuelle, des prévisions raisonnables qui peuvent être faites sur la base de cette situation et des lois et règlements en vigueur aujourd'hui. Ils reconnaissent qu'une évolution dans leur situation ou qu'un changement dans l'état du droit pourrait affecter l'équilibre des prestations voulues aux termes des présentes.

En conséquence, les futurs époux s'engagent à consulter un notaire de leur choix à tous les _ ans à compter de la date des présentes et à requérir un examen juridique de leur situation matrimoniale et familiale de façon à ce que les modifications appropriées, le cas échéant, puissent être apportées en temps utile. Les frais des consultations seront supportés par eux, proportionnellement à leurs facultés respectives¹¹⁴.

Les résultats préliminaires d'une enquête empirique menée auprès de praticiens nous ont permis de constater la popularité relative de cette clause¹¹⁵. Sur un

¹¹⁰ Tancelin, *supra* note 90 au n° 245 ; Crépeau et Charpentier, *supra* note 66 à la p. 124 ; Bédard, *supra* note 12 à la p. 787 ; Martin, *supra* note 12 à la p. 601 ; Jobin, *supra* note 30 à la p. 439.

¹¹¹ Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 11 au n° 285. Sur le sujet, voir Pierre Moisan, «Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : les cas de force majeure et d'imprévision» (1994) 35 C. de D. 281 ; Vincent Karim, *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1987, 221.

¹¹² Jobin et Vézina, *supra* note 66 au n° 458. Voir aussi Bédard, *supra* note 12 aux pp. 788-89.

¹¹³ Alain Roy, «Des contrats de mariage innovateurs» (1995) 98 R. du N. 64 à la p. 85.

¹¹⁴ Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit Nouvelle série*, «Famille», Formulaire — Document 1.1, Montréal, Avril 2003, p. 3. En marge du texte de la clause, les rédacteurs du formulaire ont pris soin d'inscrire le terme «optionnel».

¹¹⁵ Cette recherche, actuellement en cours, est financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada («CRSH»).

échantillonnage de 215 contrats de mariage recueillis auprès de différents notaires, 87 contrats — soit plus de 40% — contiennent cette disposition¹¹⁶. Un pourcentage significatif de conjoints adhèrent donc volontairement à l'idée de réviser périodiquement les termes de leur contrat à la lumière de circonstances nouvelles et, incidemment, de confier au tribunal le soin d'en réévaluer la teneur afin d'assurer l'équilibre des prestations en cas de mésentente¹¹⁷.

Ces données permettent de croire en l'existence d'un terrain propice à l'implantation de la théorie de l'imprévision en matière de contrat de mariage. Comme l'écrit Pierre Noreau, «[...] une innovation consacrée dans le droit n'est jamais si bien reçue que lorsqu'elle est déjà intégrée à la pratique courante des activités d'un champ social particulier»¹¹⁸.

Conclusion

S'il est un domaine du droit en pleine effervescence, c'est bien le droit de la famille. Au cours des dix dernières années, le *Code civil* de même que d'importantes lois en matière familiale ont subi plusieurs modifications visant à intégrer ou à consacrer de nouveaux phénomènes sociaux¹¹⁹. Pensons simplement à la réforme de la filiation au terme de laquelle le législateur a reconnu l'homoparenté¹²⁰ et a revu les finalités de la procréation assistée¹²¹. Pensons également, sur la scène fédérale, à la reconnaissance du mariage gai intervenue en 2004¹²². Ces changements fondamentaux démontrent bien la mouvance des normes qui encadrent le couple et la famille.

¹¹⁶ 31 notaires nous ont fourni la totalité des contrats de mariage qu'ils ont reçus au cours de la période comprise entre 1999 et 2003. Ces praticiens ont été recrutés de façon aléatoire. Ils exercent leur profession tant en milieu urbain que rural et appartiennent à différentes catégories d'âge.

¹¹⁷ Rappelons que, en vertu de la *Loi sur le notariat*, le notaire a l'obligation d'expliquer à chacune des parties contractantes, et dans le moindre détail, la portée et les conséquences de ses engagements. Voir *Loi sur le notariat*, L.R.Q. c. N-3, art. 11 ; *Code de déontologie des notaires*, D. 921-2002, 21 août 2002, G.O.Q. 2002.II.5969, art. 16-17. Sur le sujet, voir Alain Roy, *Déontologie et procédure notariales*, Montréal, Thémis, 2002 à la p. 17 et s., au n° 43 et s.

¹¹⁸ Noreau, «L'innovation», *supra* note 28 aux pp. 97-98.

¹¹⁹ Alain Roy, «Le droit de la famille — Une décennie d'effervescence législative» (2003) 105 R. du N. 215.

¹²⁰ Alain Roy, «La filiation homoparentale : Esquisse d'une réforme précipité» (2004) 1 *Enfances, Familles, Générations*, en ligne : Érudit <<http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1/008896ar.html>>.

¹²¹ Alain Roy, «Le nouveau cadre juridique de la procréation assistée en droit québécois ou l'œuvre inachevée d'un législateur trop pressé» (2005) 23 *L'Observatoire de la génétique*, en ligne : L'observatoire de la génétique <http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsenetique/zoom/zoom_05/z_no23_05/z_no23_05_01.html>.

¹²² Alain Roy, «Les couples de même sexe en droit québécois ou la quête d'une égalité sans compromis» (2005) 65 *Ann. dr. Louv.* 29.

En 1989, le législateur a choisi de limiter la liberté contractuelle des conjoints en imposant à tous les couples mariés l'obligation de partager un certain nombre de biens à caractère familial au jour de la rupture. En agissant ainsi, le législateur est parvenu à rétablir, entre les conjoints, l'équilibre économique qu'aurait autrement compromis l'application d'un contrat de mariage inéquitable.

Eu égard à la diversité des profils conjugaux qui se côtoient aujourd'hui¹²³, le temps est peut-être venu de réévaluer la pertinence de cette mesure uniforme et d'envisager l'adoption d'autres formules plus respectueuses du libre choix des conjoints¹²⁴. En permettant aux tribunaux de réviser ou d'annuler un contrat de mariage sur la base de la lésion ou de l'imprévision, le législateur parviendrait certainement à contenir les abus contractuels qui ont marqué le passé.

Comme le prouve l'expérience de nos voisins de *common law*, l'aménagement d'un pouvoir de révision judiciaire n'entraîne pas la négation du contrat. En imposant certaines balises aux juges appelés à statuer sur le caractère équitable du contrat, la Cour suprême a démontré, dans l'arrêt *Hartshorne*, qu'un contrat reste un contrat, même si on accorde au tribunal le pouvoir d'en revoir le contenu, dans le but d'en préserver l'équilibre¹²⁵.

¹²³ La professeure Martha Bailey, *supra* note 64 à la p. 256, écrit en ce sens : «Provided the public policy of ensuring on family breakdown is respected, the move to marriage à la carte is a positive step that provides a legal framework for a diversity of family forms» [nos italiques].

¹²⁴ Nous souscrivons aux propos du professeur Noreau lorsqu'il affirme qu'«il faut reconnaître l'importance de plus en plus poussée des *rappports conventionnels* comme source de normativité juridique. Cette tendance ne doit pas se restreindre aux rapports de travail ou aux rapports marchants, mais s'étendre de façon plus significative aux rapports familiaux [...]» : Pierre Noreau, «Familles séparées et ruptures du droit : du mélange des genres familiaux à la redéfinition du droit de la famille» dans Association internationale francophone des intervenants auprès des familles séparées (AIFI), *Les nouveaux sentiers des familles séparées : un défi pour les intervenants*, Montréal, AIFI, 2004, 209 à la p. 222.

¹²⁵ Certes, contrairement au patrimoine familial qui assure automatiquement l'égalité économique entre les époux, le conjoint désavantagé par le contrat de mariage aura le fardeau de saisir le tribunal pour obtenir justice. Pour certaines personnes, le modèle contractuel desservira donc la cause du conjoint vulnérable, généralement la femme, qui, suite à la rupture, ne dispose pas nécessairement des ressources financières et émotives lui permettant de faire valoir ses droits. Voir par ex. les éléments soulevés par Penelope Eileen Bryan, «Women's Freedom to Contract at Divorce : A Mask for Contextual Coercion» (1999) 47 Buff. L. Rev. 1153 aux pp. 1171, 1239; Marie-Claire Belleau, «Les théories féministes : droit et différence sexuelle» [2001] R.T.D. civ. À notre avis, une telle critique déplace l'enjeu de son véritable cadre d'analyse et détourne le droit de la famille de sa finalité première. Le législateur ne peut transformer le droit de la famille en politiques sociales, au mépris des valeurs d'égalité qui fondent le *Code civil*. Ce n'est pas dire qu'il faille nier le besoin de mesures de soutien. Si, en raison du contexte social et économique, les femmes nécessitent un support particulier, il incombera à l'État de les soutenir convenablement au moyen de véritables programmes sociaux. Sur le rôle limité que peut remplir le droit de la famille pour contrer la pauvreté des femmes et des enfants, voir Margrit Eichler, «The Limits of Family Law Reform or, The Privatization of Female and Child Poverty» (1990) 7 Can. Fam. L.Q. 59 à la p. 82. Pour une réflexion générale sur la problématique des risques sociaux engendrés par une approche axée sur l'égalité et l'autonomie, voir Jacques



Commaille, «Une sociologie politique du droit de la famille — des référentiels en tension : émancipation, institution, protection» dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein — Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 83.