Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation amélioré pour la version définitive

Mars 2010

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada
Canada

Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation amélioré pour la version définitive

Préparé par :

Professeure Carol Rogerson, Faculté de droit, Université de Toronto
Professeur Rollie Thompson, Dalhousie Law School

Présenté à la :

Section de la famille, des enfants et des adolescents
Ministère de la Justice du Canada

Les opinions exprimées dans ce rapport sont celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement celles du ministère de la Justice du Canada.

Also available in English

Le présent rapport peut être reproduit, en tout ou en partie, par quelque moyen que ce soit, sans frais et sans qu'il soit nécessaire de demander la permission du ministère de la Justice du Canada, pourvu que toutes les précautions raisonnables soient prises pour assurer l'exactitude du contenu reproduit, que le ministère de la Justice du Canada soit désigné comme source et que la reproduction ne soit pas présentée comme la version officielle du rapport original.

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
Représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2010

TABLE DES MATIÈRES

1 Introduction 1

2 Le droit aux aliments (chapitre 4 de la VD) 3

a) Le droit aux aliments comme question préliminaire 3

b) Le droit aux aliments et l'application des formules des Lignes directrices 5

c) Le droit aux aliments au moment de la révision ou de la modification 6

3 Les ententes (VD 5.2) 9

4 L'application aux ordonnances provisoires (VD 5.3) 11

5 Les revenus (chapitre 6 de la VD) 13

a) Les différences de « revenus » aux fins de la pension alimentaire pour époux 13

b) Un payeur peut-il avoir deux « revenus »? 14

c) L'utilisation d'autres hypothèses de revenus pour évaluer les fourchettes 15

d) Autres questions touchant le revenu 16

6 L'utilisation de la bonne formule 17

7 La formule *sans pension alimentaire pour enfant* (chapitre 7 de la VD) 19

a) Le problème du montant dans les mariages de courte durée sans enfants (VD 7.4.2) 20

b) Les mariages de courte durée : affaires de parrainage en matière d'immigration 21

c) La durée selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* (VD 7.5) 22

d) La durée et la « règle des 65 » (VD 7.5.3) 23

e) Les mariages de durée moyenne avec enfants : changement de formule après la fin de la pension alimentaire pour enfant 24

f) Les cas des personnes à la retraite selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* 25

8 La formule *avec pension alimentaire pour enfant* (chapitre 8 de la VD) 29

a) La formule de la *garde partagée* (VD 8.6) 30

b) La garde exclusive exercée par chacun des parents (VD 8.7) 31

c) La garde mixte 31

d) L'application des formules aux enfants nés d'une union antérieure (VD 8.8) 32

e) La formule du *payeur gardien* (VD 8.9) 32

f) La formule *pour les enfants majeurs* (VD 8.10) 34

g) Questions concernant la durée (VD 8.5) 34

9 Déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette 37

10 La restructuration (chapitre 10 de la VD) 39

a) La restructuration selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* 40

b) La restructuration selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* 41

c) La restructuration selon la formule du *payeur gardien* 42

11 Les plafonds et les planchers 43

a) Le plancher, revenu du payeur inférieur à 20 000 $ ou à 30 000 $ (VD 11.2, 11.4) 43

b) Le revenu du payeur supérieur au plafond de 350 000 $ (VD 1.1, 11.3) 44

12 Les exceptions (chapitre 12 de la VD) 47

a) La situation financière difficile pendant la période provisoire (VD 12.1) 48

b) Le remboursement des dettes (VD 12.2) 48

c) Les obligations alimentaires antérieures (VD 12.3) 49

d) La maladie et l'invalidité (VD12.4) 49

e) L'exception compensatoire dans le cas de mariages de courte durée sans enfant (VD 12.5) 51

f) Le partage des biens : la répartition des avoirs (C.-B.), (VD 12.6.1) 51

g) Le partage des biens : l'arrêt *Boston* (VD 12.6.3) 52

h) Le partage des biens : octroi important de biens (VD 12.6.2) 52

i) Les besoins essentiels/difficultés (VD 12.7) 53

j) Les revenus non imposables de l'époux payeur (VD 12.8) 53

k) Le parent n'ayant pas la responsabilité première des enfants qui assume le rôle parental (VD 12.9) 54

l) Les besoins spéciaux des enfants (VD 12.10) 54

m) L'article 15.3 : une compensation insuffisante (VD 12.11)..... 55

n) Autres motifs pour s'écarter des Lignes directrices, « nouvelles exceptions » 55

13 Modification et révision (chapitre 14 de la VD) 57

a) L'application des Lignes directrices facultatives en cas de modification ou de révision (VD 14.1, 14.2) 57

b) L'application aux ordonnances prononcées avant la publication des Lignes directrices facultatives 58

c) Le passage d'une formule à l'autre lorsque le versement de la pension alimentaire pour enfant prend fin (VD 14.5) 59

d) La hausse du revenu de l'époux payeur après la séparation (VD 14.3)..... 59

e) Le remariage ou la nouvelle union de l'époux bénéficiaire (VD 14.7) 61

f) Les nouvelles familles, ou l'arrivée de nouveaux enfants (VD 14.8)..... 62

g) L'indépendance économique et fin de la pension alimentaire (VD 13, 13.1, 13.7, 13.8) 63

14 La pension alimentaire rétroactive et les Lignes directrices facultatives 65

1 INTRODUCTION

L'objectif de ce document est de servir de guide d'utilisation amélioré pour la version définitive des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux. Cette version définitive a été publiée en juillet 2008.

Il s'agit d'une version révisée, mise à jour et améliorée du Guide d'utilisation publié par les auteurs en juillet 2008. Elle contient la nouvelle jurisprudence jusqu'à la fin de mars 2010. Nous avons aussi ajouté de nouveaux éléments pour traiter des nouvelles pratiques qui ont vu le jour depuis juillet 2008.

Les Lignes directrices facultatives se sont révélées être un outil très utile pour le calcul des pensions alimentaires pour époux, mais elles sont complexes et ne règlent pas toutes les questions difficiles en la matière. Nous savons que la version définitive en elle-même demeure un document long et quelque peu déconcertant, même dans sa forme révisée, plus conviviale. L'une des difficultés posées par les Lignes directrices réside dans le problème de son utilisation simpliste. Pour de trop nombreuses personnes, l'utilisation des Lignes directrices consiste uniquement à entrer des montants de revenu dans le logiciel, à obtenir une fourchette et à choisir une valeur médiane. Il s'agit d'une vision réductrice des Lignes directrices facultatives, et une telle utilisation peut donner des résultats inappropriés.

Dans ce document, nous offrons un guide bref et pratique qui explique, étape par étape, comment utiliser les Lignes directrices facultatives, en vue d'une utilisation plus pointue et mieux éclairée. Le présent guide :

- met en évidence les principales questions pratiques aux différentes étapes d'une analyse effectuée à l'aide des Lignes directrices;
- rappelle certaines erreurs courantes et les points souvent oubliés;
- indique ce qui a été ajouté ou changé dans la version définitive;
- effectue des renvois aux principales décisions de jurisprudence et aux parties pertinentes de la version définitive (VD) qui traitent plus abondamment d'une question en particulier.

Un résumé intégral des décisions mentionnées peut être consulté dans les différentes mises à jour que nous avons préparées et qui sont accessibles à l'adresse suivante : http://www.law.utoronto.ca/faculty/rogerson/ssag_fr.html.

En plus du Guide d'utilisation, nous aimerions porter à votre attention d'autres ressources qui fournissent aussi des conseils utiles sur l'application des Lignes directrices facultatives :

- J. B. Boyd, « Les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : pour des calculs fiables et reproductibles » (28 novembre 2009) que l'on peut consulter à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/fea-fcy/epo-spo/calc/index.html

- Lonny L. Balbi, « Utilisation des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Marche à suivre » **(octobre 2009)**

  - Formule sans pension alimentaire pour enfant, que l'on peut consulter à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/fea-fcy/epo-spo/dir/sans-wo.html

  - Formule avec pension alimentaire pour enfant, que l'on peut consulter à l'adresse suivante : http://www.justice.gc.ca/fra/pi/fea-fcy/epo-spo/dir/avec-with.html

2 LE DROIT AUX ALIMENTS (CHAPITRE 4 DE LA VD)

L'analyse du droit aux aliments constitue une étape importante avant d'appliquer les Lignes directrices. Dans la pratique, cette étape est souvent mise de côté.

- **Les Lignes directrices facultatives ne déterminent pas le droit aux aliments.** Elles traitent du montant et de la durée de la pension alimentaire *après* que le droit aux aliments a été établi. Le droit aux aliments est une question préliminaire qui doit être tranchée avant d'appliquer les Lignes directrices. C'est toujours ce qui est prévu dans la version définitive.

- Aussi, **même lorsque le droit aux aliments a été établi, la détermination du fondement de ce droit permettra une application adéquate des Lignes directrices**.

Trois décisions de tribunaux d'appel offrent de bons modèles d'analyse préliminaire du droit aux aliments : *Yemchuk c. Yemchuk*, [2005] B.C.J. n° 1748, 2005 B.C.C.A.; *Chutter c. Chutter* [2008] B.C.J. 2398, 2008 B.C.C.A et *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11. Pour une décision en première instance, voir *Purdue c. Purdue* N.B.J. n° 382, 2009, NBQB 303.

a) Le droit aux aliments comme question préliminaire

Une simple disparité de revenus, qui pourrait aboutir à un montant de pension alimentaire selon les formules des Lignes directrices facultatives, ne donne pas automatiquement droit à une pension alimentaire. Il faut conclure (ou convenir) que ce droit existe, sur une base compensatoire ou non, *avant* d'appliquer les formules et les Lignes directrices.

- **Les demandes compensatoires** sont fondées soit sur la perte ou le désavantage économique découlant du mariage pour l'époux bénéficiaire (habituellement, une perte de capacité de gain en raison des rôles assumés au cours du mariage), soit sur le fait que ce dernier procure un avantage économique à l'époux payeur sans compensation adéquate. Les demandes compensatoires pour perte de capacité de gain peuvent être fondées non seulement sur l'éducation des enfants durant le mariage, mais également sur les responsabilités assumées à la suite du divorce en matière d'éducation des enfants. Bien qu'en théorie les demandes compensatoires nécessitent une évaluation personnalisée, en pratique, dans le cas de mariages longs avec enfants, le niveau de vie durant la période conjugale est utilisé comme variable substitutive des gains et pertes compensatoires. Pour de bonnes analyses des demandes compensatoires, voir *Yemchuk c. Yemchuk*, ci-dessus; *Chutter c. Chutter*, ci-dessus; *Mann c. Mann*, [2009] B.C.J. n° 826, 2009 BCCA 181; *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218 et *Beneteau c. Young*, [2009] O.J. n° 3244 (C.S.J.).

- **Les demandes non compensatoires** sont des demandes qui se fondent sur les besoins. Il peut s'agir de l'incapacité à pourvoir à ses besoins essentiels, mais on interprète généralement que les besoins renvoient également, à titre de difficultés économiques, à une baisse importante du niveau de vie par rapport à la norme constatée au cours du mariage. La pension alimentaire non compensatoire tient compte de l'interdépendance économique qui découle de la vie commune, y compris des aspects importants de confiance et d'attentes. Voir *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11 et *Arnold c. Arnold* [2009] B.C.J.

n° 1999 BCSC pour des analyses intéressantes du droit aux aliments pour des motifs non compensatoires. Certains avocats et juges pensent à tort que *tous* les mariages de longue durée donnent lieu à une pension alimentaire compensatoire, mais l'arrêt *Fisher* affirme clairement qu'un tel point de vue est incorrect.

- Dans de nombreux cas, l'époux bénéficiaire aura **droit aux aliments sur les deux fondements**. Par exemple, les mariages de longue durée avec enfants comportent souvent des éléments importants de la pension alimentaire compensatoire et de la pension alimentaire non compensatoire.

- Un octroi important de biens n'interdit pas nécessairement le droit aux aliments à titre compensatoire ou non compensatoire : voir *Chutter c. Chutter*, [2008] B.C.J. n° 2398, 2008 BCCA et *Bell c. Bell*, [2009] B.C.J. n° 1201, 2009 BCCA.

- S'il y a une importante différence de revenus, le droit aux aliments à titre compensatoire ou non compensatoire peut être établi malgré le fait que le bénéficiaire a un revenu relativement élevé et pourrait sembler « indépendant » selon certaines interprétations de ce terme : voir *Gillimand c. Gillimand*, [2009] O.J. n° 2782 (C.S.J.) (épouse gagnant 93 000 $ comme pilote ayant droit à des aliments; *Gonabady-Namadon c. Mohammadzadeh*, [2009] B.C.J. n° 2061, 2009 BCCA 448 (épouse gagnant 150 000 $ comme médecin ayant droit à des aliments); *Mehlsen c. Mehlsen*, [2009] S.J. n° 403, 2009 SKQB 279 (épouse gagnant 70 000 $ ayant droit à des aliments).

Les Lignes directrices facultatives ont été rédigées à partir de l'hypothèse suivant laquelle le droit actuel en matière de pensions alimentaires pour époux, à la suite de l'arrêt *Bracklow*, offre un **fondement très large du droit aux aliments** pour époux, le montant et la durée demeurant les principales questions à trancher dans les affaires de pension alimentaire pour époux.

- **D'une manière générale, un écart de revenus *significatif* ouvrira droit à une pension alimentaire.** Même en l'absence de demande compensatoire, un écart de revenus significatif donnera lieu à une demande non compensatoire fondée sur la perte du niveau de vie conjugal. Les Lignes directrices laissent aux tribunaux le soin de trancher la question de savoir quand un écart de revenus devient suffisamment significatif pour donner droit à des aliments. Dans certains cas, les tribunaux ont refusé d'accorder une pension alimentaire au motif que l'écart de revenus ne signifie pas une différence significative de niveau de vie.

- Les décisions concluant à l'absence de droit **malgré un écart de revenus significatif** sont relativement rares. Les facteurs invoqués pour justifier une conclusion d'absence de droit malgré un écart de revenus se recoupent souvent et sont notamment les suivants :

    - la courte durée du mariage et la période limitée d'interdépendance financière : *Beese c. Beese*, [2006] B.C.J. n° 2903, 2006 BCSC 1662; *McKee c. Priestlay*, [2007] B.C.J. n° 1297, 2007 BCSC 85; *Rezel c. Rezel*, [2007] O.J. n° 1460 (C.S. J.); *C.S.J. c. T.S.S.*, [2006] A.J. n° 1319, 2006 ABQB; *Serpa c. Yeuping*, 2007 CarswellBC 1795, 2007 BCSC 43; *Merko c. Merko*, 2008 CarsellOnt 6361, 2008 ONCJ 530.

- malgré l'écart entre les revenus, les parties ont un niveau de vie similaire en raison des différences quant à leurs actifs (voir *Elias c. Elias*, [2006] B.C.J. n° 146, 2006 BCSC et *Johnson c. Johnson*, [2006] B.C.J. n° 3308, 2006 BCSC 1932) ou des différences quant à leurs dépenses (voir *Eastwood c. Eastwood*, 2006 CarswellNB 655, 2006 NBQB 413), ou parce que l'écart entre les revenus n'est pas si significatif (voir *Vlachias c. Vlachias*, [2009] B.C.J. n° 1241, 2009 BCSC 843).

- le bénéficiaire n'a pas subi de difficultés économiques significatives ou de baisse du niveau vie après le mariage : voir *Lamothe c. Lamothe* (2006) 2006 CarswellOnt 8150 (C.S.J Ont.); *J.J.G. c. K.M.A.*, [2009] B.C.J. n° 1568, 2009 BCSC 1086; *Lam c. Chui*, [2008] B.C.J. n° 1648, 2008 BCSC 1177; *Beaudry c. Beaudry*, [2010] A.J. n° 170, 2010 ABQB 119.

- l'écart entre les revenus résulte d'événements ou de choix survenus après la séparation, comme une perte d'emploi du côté du bénéficiaire (voir *Rezel c. Rezel*, [2007] O.J. n° 1460 (C.S. J.) et *Barton c. Ophus*, 2009 BCSC 858, 2009 BCSC 858 ou une augmentation du revenu du payeur après la séparation (voir *Eastwood c. Eastwood*, 2006 CarswellNB 655, 2006 NBQB 413) et *Fisher c. Fisher*, [2009] A.J. n° 1003, 2009 ABQB 85).

- les demandes compensatoires ou fondées sur les besoins ont été satisfaites au moment du partage des biens, le plus souvent en Colombie-Britannique, en raison de la répartition des avoirs aux fins de la pension alimentaire (voir *W.J. M. c. L.A.M.*, [2007] B.C.J. n° 1283, 2007 BCSC 842 et *C.J.D. c. J.H.E.*, [2009] B.C.J. n° 1716, 2009 BCSC 1168).

- le bénéficiaire a renoncé à sa responsabilité financière au cours du mariage ou après la séparation (*Lamothe c. Lamothe* (2006) 2006 CarswellOnt 8150; *S.C.J. c. T.S.S.*, [2006] A.J. n° 1319, 2006 ABQB 777 et *G.G.F. c. R.F.*, [2009] B.C.J. n° 215, 2009 BCPC 43.

- Dans les affaires d'enfants mineurs visées par la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, il peut arriver qu'il n'y ait plus de possibilité de verser une pension alimentaire pour époux après le versement de la pension alimentaire pour enfant, qui a priorité. Ces affaires sont souvent traitées comme des affaires où il n'y a pas de droit aux aliments, ce qui peut être incorrect. L'incapacité de payer ne doit pas être confondue avec l'absence de droit aux aliments. Si ce droit existe mais qu'il y a temporairement incapacité de payer, l'art. 15.3 de la *Loi sur le divorce* permet un paiement différé de la pension alimentaire pour époux après la fin du versement de la pension alimentaire pour enfant. (Voir aussi l'exception pour compensation insuffisante dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* (VD 12.11.)

b) Le droit aux aliments et l'application des formules des Lignes directrices

Même lorsque le droit aux aliments est établi, le fondement de celui-ci façonne le calcul du montant et de la durée de la pension alimentaire pour époux. Ce fondement vient ainsi éclairer nombre des étapes ultérieures de l'application des Lignes directrices facultatives.

Les formules des Lignes directrices prennent en compte différents fondements du droit aux aliments :

- la formule *sans pension alimentaire pour enfant* est basée sur un mélange d'éléments compensatoires et non compensatoires :

    - dans le cas de mariages de courte et de moyenne durée sans enfant, elle accorde en grande partie une pension non compensatoire, en prévoyant une transition limitée dans le temps à partir du niveau de vie conjugal;

    - dans le cas des mariages de plus longue durée, qu'ils soient avec ou sans enfant, la fourchette obtenue tient compte d'éléments tantôt compensatoires, tantôt non compensatoires;

- la formule *avec pension alimentaire pour enfant* est en grande partie compensatoire, et elle tient compte des conséquences économiques des responsabilités actuelles et passées relatives à l'éducation des enfants, mais il y a aussi un élément non compensatoire.

- La détermination du fondement compensatoire ou non compensatoire du droit aux aliments est importante à deux étapes en particulier de l'application des Lignes directrices :

    - pour déterminer **l'emplacement du montant à l'intérieur des fourchettes**. Par exemple, une demande compensatoire bien fondée pourrait donner lieu à une pension se situant dans la partie supérieure de la fourchette (voir le chapitre 9 de la VD pour l'utilisation des fourchettes);

    - pour déterminer s'il y a lieu de s'écarter des fourchettes et de faire une **exception**. Par exemple, les demandes *compensatoires* donnent lieu à deux exceptions pour lesquelles les montants prévus dans les fourchettes des formules peuvent ne pas être appropriés : l'exception compensatoire pour les mariages de courte durée sans enfant, et, lorsqu'il y a des enfants, l'exception prévue à l'article 15.3 pour les demandes compensatoires qui doivent être refusées en raison de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfant (voir le chapitre 12 de la VD pour ces exceptions).

c) Le droit aux aliments au moment de la révision ou de la modification

La question du droit aux aliments peut aussi être soulevée au moment de la révision ou de la modification de l'ordonnance alimentaire.

- **Dans le cas des demandes visant à mettre fin à la pension alimentaire pour époux**, qui sont fondées sur le remariage de l'époux bénéficiaire, son emploi ou tout simplement sur l'écoulement du temps, il est souvent nécessaire d'examiner si le fondement initial du droit aux aliments existe toujours. Même si la question que l'on se pose alors consiste souvent à se demander si le bénéficiaire est devenu « indépendant », on peut aussi se demander si le bénéficiaire continue à avoir droit à la pension alimentaire.

- L'indépendance peut être interprétée différemment en fonction du fondement initial du droit aux aliments. Voir *Rezansoff c. Rezansoff*, [2007] S.J. n° 37, 2007 SKQB 32 pour une excellente discussion sur cette question dans le contexte d'une pension alimentaire non compensatoire;

- l'effet du remariage peut varier selon que l'ordonnance initiale avait un fondement compensatoire ou non compensatoire. Voir *J.W.J.McC. c. T.E.R.*, [2007] B.C.J. n° 358, 2007 BCSC 252 et *Kelly c. Kelly* [2007] B.C.J. n° 324, 2007 BCSC 227.

- **Les demandes d'augmentation du montant de la pension alimentaire pour époux**, soit parce que les **revenus du bénéficiaire ont diminué**, soit parce que **ceux du payeur ont augmenté après la séparation**, peuvent également soulever de manière indirecte des questions liées au droit aux aliments. Dans ces cas, on ne peut pas simplement appliquer les formules aux nouveaux revenus (voir le chapitre 14 de la VD, Modification et révision). Il faut déterminer au préalable si le changement de revenu a une incidence sur l'obligation alimentaire, et le cas échéant, dans quelle mesure. Cette analyse exige que l'on examine à nouveau le fondement compensatoire ou non compensatoire de la pension alimentaire pour époux.

3 LES ENTENTES (VD 5.2)

Les Lignes directrices, de par leur caractère non obligatoire et non législatif, **ne confèrent pas le pouvoir de réexaminer ou d'annuler des ententes *définitives* en matière de pensions alimentaires pour époux**.

- L'existence d'une entente *définitive* dans laquelle il est renoncé ou mis fin à la pension alimentaire pour époux ou qui détermine un montant fixe sans prévoir de modalité de révision ou de modification, empêchera l'application des Lignes directrices facultatives, à moins que la loi actuelle ne permette que l'entente soit ainsi annulée.

- L'annulation d'une entente existante est notamment régie par la doctrine de l'**iniquité** en common law, les règles en pleine évolution qui découlent de l'arrêt ***Miglin*** de la Cour suprême du Canada portant sur l'importance à accorder à une entente de pension alimentaire pour époux en vertu de la *Loi sur le divorce*, et, le cas échéant, les **dispositions législatives provinciales** visant les contrats familiaux et leurs effets sur les pensions alimentaires pour époux.

Dans deux décisions, il a été jugé qu'une entente obligatoire empêchait l'application des Lignes directrices facultatives. Il s'agit des décisions *Woodall c. Woodall*, [2005] O.J. n° 3826, 2005 ONCJ 253 et *Carberry c. Stringer*, [2008] N.J. n° 6, 2008 NLUFC 1 (rejet de la demande de l'épouse visant à faire annuler l'entente).

Les Lignes directrices facultatives peuvent être utiles de trois façons dans le cas des ententes :

- **Pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux lorsque l'entente prévoit qu'elle peut être révisée ou modifiée. Il est important de déterminer si l'entente visant la pension alimentaire pour époux est *définitive* ou non.** Si l'entente n'est pas définitive mais prévoit la possibilité d'une **révision** ou d'une **modification** en cas de changement de situation important, les Lignes directrices facultatives *peuvent* s'appliquer pour déterminer le montant et la durée de la pension alimentaire pour époux au moment de la révision ou de la modification (voir par exemple *Hurst c. Hurst* [2008] O.J. n° 3800 (C.J.S.). (Voir le chapitre 14 de la VD qui traite de l'application des Lignes directrices à la révision et à la modification des ordonnances alimentaires). Pour un exemple intéressant d'entente explicitement structurée pour prévoir un nouveau calcul annuel de la pension alimentaire pour époux se situant à la médiane de la fourchette prévue dans les Lignes directrices facultatives, voir *Swallow c. De Lara*, [2009] B.C.J. n° 1339; 2009 BCSC 911.

- **Pour déterminer si une entente est équitable.** Lorsque la validité ou le caractère exécutoire d'une entente est contestée en vertu du droit actuel, les tribunaux *peuvent* utiliser le résultat qui se dégage des Lignes directrices facultatives pour les aider à déterminer si l'entente est équitable ou non, par exemple **en déterminant si elle respecte de manière substantielle les objectifs de la *Loi sur le divorce* dans le cadre de la première et de la deuxième étape de l'analyse *Miglin***; voir *Chepil c. Chepil*, [2006] B.C.J. n° 15, 2006 BCSC 15; *W.(C.L.) c. R.(S.U.)*, 2007 CarswellBC 666, 2007 BCSC 453; *Leaman c. Leaman*, [2008] N.J. n° 96, 2009 CarswellNfld 87, 2008 NLTD 54; *Poitras c. Garner*, [2009] B.C.J. n° 206, 2009 BCSC;

Covriga c. Covriga, [2009] O.J. n° 3359. Cependant, les résultats obtenus au moyen des Lignes directrices doivent être soupesés par rapport à la propre évaluation des parties quant au caractère juste de l'application de l'entente : voir *Turpin c. Clarke*, [2009] B.C.J. n° 2328, 2009 BCCA 530 (la première étape de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Miglin* pour déterminer si la Loi est respectée de manière substantielle ne signifie pas qu'un écart par rapport aux Lignes directrices facultatives sera un motif pour écarter l'entente); *Vanderlans c. Vanderlans*, 2007 CarswellNfld 119, 2007 NLUFC 8; *Rapley c. Rapley*, [2006] B.C.J. n° 3213, 2006 BCSC 1854; et *Dobie c. Rautenberg*, [2008] B.C.J. n° 1199, 2008 BCSC 826.

- **Pour déterminer le montant ou la durée de la pension alimentaire si l'entente finale est écartée ou annulée. Si une entente de pension alimentaire pour époux est annulée** à la suite d'une analyse du même type que celle qui a été effectuée dans l'arrêt *Miglin* ou en raison d'autres doctrines juridiques applicables, les Lignes directrices facultatives *pourront* être utilisées pour déterminer le montant et la durée de la pension alimentaire. Voir *R.S.M. c. M.S.M.*, [2006] B.C.J. n° 1756, 2006 BCCA 362; *M. (K.A.) c. M. (P.K.)*, 2008 CarswellBC 135, 2008 BCSC 93; *Gammon c. Gammon*, [2008] O.J. n° 603. (C.S.J.) et *Jenkins c. Jenkins*, [2009] M.J. n° 271, 2009 MBQB 189.Toutefois, comme cela a été reconnu dans l'arrêt *Miglin*, il peut arriver que l'intention des parties, telle qu'elle s'exprime dans l'entente, continue d'influencer les paramètres de la pension alimentaire pour époux et amène le tribunal à un résultat différent de celui qui est proposé par les Lignes directrices facultatives. Voir *Santoro c. Santoro*, [2006] B.C.J. n° 453, 2006 BCSC 331 et *Turpin c. Clarke*, [2009] B.C.J. n° 2328, 2009 BCCA 530 (entente annulée à la suite de la deuxième étape de l'analyse *Miglin*; ajustement autorisé de la durée, mais non du montant qui était inférieur à celui prévu par les Lignes directrices facultatives).

4 L'APPLICATION AUX ORDONNANCES PROVISOIRES (VD 5.3)

Il est prévu que les Lignes directrices facultatives s'appliquent **aux ordonnances provisoires et aux ordonnances définitives**. Le recours à des lignes directrices semble particulièrement pertinent à l'égard des pensions alimentaires provisoires. On doit pouvoir calculer un montant rapidement et facilement, sachant que l'on pourra faire des ajustements plus précis au moment du procès. Habituellement, les pensions alimentaires provisoires pour époux sont fondées sur l'analyse des besoins et des moyens et sont calculées, entre autres, à l'aide de budgets et d'après les dépenses actuelles et projetées. Les formules proposées permettent d'éviter d'avoir à accomplir cet exercice, sauf dans des cas exceptionnels.

Dans *D.R.M. c. R.B.M.*, [2006] B.C.J. n° 3299, 2006 CarswellBC 3177 (C.S.), le juge Martinson a justifié en détail l'application des Lignes directrices facultatives aux ordonnances provisoires de pension alimentaire pour époux. Ce point de vue a été réitéré avec force lors d'un appel d'une ordonnance rendue par un conseiller-maître dans *Kozek c. Kozek*, [2009] B.C.J. n° 2412, 2009 BCSC 1663. L'utilité des Lignes directrices en matière d'ordonnances provisoires lorsque l'on dispose de peu de renseignements a été mise en évidence dans la décision *Langdon c. Langdon*, 2008 CarswellOnt 545 et dans *Thompson c. Thompson*, [2010] S.J. n° 41, 2010 SKQB 322. La façon de traiter le problème lorsqu'il est impossible de déterminer les revenus exacts à l'étape provisoire est abordée plus bas sous la rubrique « Revenu » (« Utilisation d'autres hypothèses de revenu pour évaluer les fourchettes »).

- Les Lignes directrices facultatives tiennent compte du fait que **le montant peut devoir être calculé de façon différente pendant la période provisoire, que ce soit à la hausse ou à la baisse**, pendant que les parties éclaircissent leur situation financière immédiatement après la séparation. Elles comportent donc une **exception en cas de situation financière difficile pendant la période provisoire**, afin de prendre en compte ces préoccupations à court terme. (Voir le chapitre 12.1 de la VD).

    - Le plus souvent, il s'agira des dépenses relatives à une hypothèque ou à des dettes, notamment dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* lorsque les époux ont très souvent atteint la limite de leur capacité de payer après la séparation.

    - Dans certains cas, notamment dans le cas des mariages de courte durée pour lesquels les montants donnés par la formule *sans pension alimentaire pour enfant* sont relativement peu élevés, cette exception peut également s'appliquer aux cas de difficultés ou d'incapacité à pourvoir aux besoins essentiels pendant la période de transition qui suit la séparation. Il peut y avoir un recoupement entre cette exception et celle qui a trait aux besoins essentiels/difficultés (VD 12.7), voire avec l'exception au titre de l'invalidité (VD 12.4), mais il vaut mieux recourir à cette exception provisoire pour répondre à des besoins à court terme ou transitoires.

- Pour une rare affaire dans laquelle la Cour a discuté explicitement de l'exception provisoire, même si le juge Melnick a conclu que l'exception ne s'appliquait pas en l'espèce, voir *Garritsen c. Garritsen*, [2009] B.C.J. n° 691, 2009 BCSC 124.

- À ce jour, peu de tribunaux ont explicitement reconnu cette exception importante, la plupart se limitant à s'écarter des montants des formules : *Van de Wint c. McArthur*, [2009] B.C.J. n° 1870, 2009 BCSC 1283 (C.S..); *Dort c. Dort*, [2009] N.S.J. n° 591, 2009 NSSC 372 (C.S.); *Thompson c. Kirk*, [2009] O.J. n° 3222 (C.S.J.); *Tenhoeve c. Tenhoeve*, [2009] O.J. n° 1423, 2009 CarswellOnt 1882 (C.S.J.); *Agioritis c. Agioritis*, [2008] S.J. n° 270, 2008 SKQB et *Savage c. Savage*, [2007] B.C.J. n° 2764, 2007 BCSC 1566 (incapacité de déterminer les revenus à l'étape provisoire). Voir aussi *S.A. c. E.A.*, [2010] N.B.J. n° 46, 2010 NBQB 61 (exception en raison de l'invalidité mentionnée, mais l'exception en raison de circonstances provisoires a été appliquée).

- **Toutes les périodes de pension alimentaire provisoire doivent être incluses dans les délais fixés par les Lignes directrices facultatives.** Pour une application explicite de ce principe, voir *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11.

5 LES REVENUS (CHAPITRE 6 DE LA VD)

Le point de départ de la détermination du revenu dans le cadre des Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux est la définition de « revenu » donnée dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.* Pour l'essentiel, les questions relatives au revenu sont les mêmes que pour la pension alimentaire pour enfant, soit l'interprétation à donner aux articles 15 à 20 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* et à l'annexe III.

a) Les différences de « revenus » aux fins de la pension alimentaire pour époux

Il y a un certain nombre de questions distinctes touchant les revenus soulevées dans les Lignes directrices facultatives.

- L'aide sociale n'est *pas* un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, quel qu'en soit le nom, comme Ontario au travail ou Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH), ou tout autre nom ambigu (VD 6.2). Le POSPH semble berner des avocats et des juges qui le traitent erronément comme un revenu pour le bénéficiaire, ce qui diminue la fourchette de la pension alimentaire pour époux : *Macropoulos c. Macropoulos*, [2008] O.J. n° 4534, 2008 CarswellOnt 6743 (C.S.J.). Pour des exemples d'un traitement du POSPH, voir *Fountain c. Fountain*, 2009 CarswellOnt 6342 (C.S.J.) ou *Quattrociocchi c. Quattrociocchi*, [2008] O.J. n° 5341, 2008 CarswellOnt 7977 (C.S.J.).

  La même erreur s'est produite en Colombie-Britannique, dans certaines affaires où l'aide sociale a été incorrectement traitée comme un revenu : *Xu c. Luo*, [2010] B.C.J. n° 282, 2010 BCSC 196; *Paheerding c. Palihati*, [2009] B.C.J. n° 830, 2009 BCSC 557; *E.A.C. c. L.A.C.*, [2009] B.C.J. n° 283, 2009 BCPC 49.

- Dans le cas de la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, la prestation fiscale pour enfants, la prestation universelle pour la garde d'enfants, la portion pour enfants du crédit pour TPS et toute autre prestation pour les enfants à charge sont traitées comme un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, contrairement à la pension alimentaire pour enfant (VD 6.3, 6.4). Le logiciel calcule automatiquement ces prestations; elles ne doivent donc PAS être calculées à la main et ajoutées au revenu, car elles seront alors comptabilisées deux fois, comme cela est survenu dans *Bigelow c. Downie*, [2009] B.C.J. n° 293, 2009 BCSC 205 et dans *Lane c. Creighton*, [2008] B.C.J. n° 2389, 2008 BCSC 1689.

- Pour les payeurs de pension alimentaire pour époux, comme pour ceux qui versent une pension alimentaire pour enfant, il arrive souvent que les bénéficiaires demandent qu'un revenu soit « attribué » en application de l'article 19 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, afin d'augmenter leurs revenus. Ce qui diffère dans le cas de la pension alimentaire pour époux, c'est que ce sont les payeurs qui demandent qu'un revenu soit « attribué » au bénéficiaire, qui n'aurait pas déployé les efforts voulus pour atteindre l'indépendance économique. Ces questions sont examinées plus bas dans la discussion au sujet de l'indépendance économique, sous la rubrique « Modification et révision ».

b) Un payeur peut-il avoir deux « revenus »?

Il y a une autre série de difficultés touchant le revenu, que l'on peut décrire succinctement comme la question des « deux revenus », un pour les fins de la pension alimentaire pour enfant et un revenu différent aux fins de la pension alimentaire pour époux. En fait, la question n'est pas vraiment « un payeur peut-il avoir deux revenus? », mais plutôt « dans quelles circonstances le payeur devrait-il avoir deux revenus? » Ces questions sont difficiles, parce qu'elles ne concernent pas seulement le « revenu », mais des principes plus fondamentaux en matière de pension alimentaire. Voici quelques exemples où le payeur peut avoir un revenu aux fins de la pension alimentaire pour enfant et un revenu différent aux fins de la pension alimentaire pour époux :

- Lorsque le revenu du payeur augmente après la séparation, il ne fait aucun doute que l'enfant devrait en bénéficier pleinement aux termes des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants.* Il en va autrement de la pension alimentaire pour époux, car il y a la question préliminaire du droit aux aliments qui se pose, à savoir si le bénéficiaire a droit à une partie de l'augmentation de revenu du payeur, à la totalité, ou à aucune (la question est abordée dans VD 14.3 et plus bas sous la rubrique « Modification et révision »). Un tribunal pourrait décider que la pension alimentaire pour enfant devrait être augmentée, mais pas la pension alimentaire pour époux selon les Lignes directrices facultatives. Pour de bons exemples sur ces questions, voir *Sarophim c. Sarophim*, [2010] B.C.J. n° 284, 2010 BCSC 216 (revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux excluant le revenu découlant d'une augmentation de la tâche d'enseignant après la séparation; *Judd c. Judd*, [2010] B.C.J. n° 177, 2010 BCSC 153 (augmentation complète du revenu ajoutée après discussion attentive).

- L'article 14 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* fixe un seuil très bas pour demander une modification de la pension alimentaire pour enfant, considérant qu'elle devrait augmenter ou diminuer en fonction du revenu du payeur, souvent sur une base annuelle, du moins pour ce qui est du montant d'après les tables. Par contre, le seuil pour modifier la pension alimentaire pour époux est plus élevé, et certains juges tenteront donc de déterminer un revenu plus « stable », atténuant les fluctuations ou prévoyant les augmentations anticipées : voir par exemple *K.D. c. N.D.*, [2009] B.C.J. n° 1482, 2009 BCSC 995 (fluctuations de revenu).

- Lorsque le revenu du payeur dépasse le « plafond » de 350 000 $ par année, le tribunal ordonnera normalement le montant de pension alimentaire pour enfant d'après les tables pour des revenus allant jusqu'à 1 million de dollars par année, mais pourra utiliser un revenu moindre aux fins de l'application des Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux (VD 11.3). Voir par exemple *Dickson c. Dickson*, [2009] M.J. n° 374, 2009 CarswellMan 515, 2009 MBQB 274 (revenu de 2005-2007 aux fins de la pension alimentaire pour enfant de 520 877 $, mais de 350 000 $ aux fins de la pension alimentaire pour époux, légère erreur dans l'utilisation du montant plus élevé de la pension alimentaire pour enfant réelle pour le calcul de la pension alimentaire pour époux à hauteur de 350 000 $, plutôt que le montant de la pension alimentaire pour enfant pour un revenu de 350 000 $).

- Il y a souvent de bonnes raisons de principe pour attribuer un revenu au payeur aux fins de la pension alimentaire pour enfant, afin que l'enfant bénéficie pleinement de la capacité de gain du payeur, mais ces raisons sont plus faibles dans le cas de la pension alimentaire pour époux. Voir par exemple *Martin c. Orris*, [2009] M.J. n° 383, 2009 MBQB 290 (différents montants d'entreprise versés à des membres de la famille ainsi que des dépenses jugés non déductibles du revenu aux fins de la pension alimentaire pour enfant, mais pouvant être reconnus comme dettes de longue date pour déterminer le revenu aux fins de la pension alimentaire provisoire pour époux). De même, le tribunal pourra être disposé à attribuer des revenus d'entreprise avant impôt à titre de revenu aux fins de la pension alimentaire pour enfant en vertu de l'article 18 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, mais le sera moins pour déterminer la pension alimentaire pour époux.

- Enfin, il peut y avoir des situations où la relation entre le partage des biens et la pension alimentaire pour époux implique qu'un revenu du payeur différent, plus faible, sera utilisé aux fins de la pension alimentaire pour époux. Par exemple, si des options d'achat d'actions sont évaluées et partagées dans le cadre du partage des biens, il se peut que celles-ci ne soient pas traitées comme un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, même si elles peuvent l'être aux fins de la pension alimentaire pour enfant. Sur cette question d'options d'achat d'actions et de boni, voir Cole, « The Dual Character of Employment Benefits » (2009), 28 Can. F.L.Q. 95.

c) L'utilisation d'autres hypothèses de revenus pour évaluer les fourchettes

Dans certaines circonstances, il peut être difficile de déterminer le revenu exact du payeur ou du bénéficiaire. Il peut y avoir des incertitudes quant au revenu ou des difficultés à attribuer un revenu, ou encore des preuves insuffisantes à l'étape provisoire. Une façon de régler ce problème fréquent est d'estimer différentes fourchettes en se fondant sur différentes hypothèses de revenu. Il y aura habituellement un certain chevauchement dans les fourchettes, ce qui peut aider à choisir le montant exact.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté cette approche en confirmant la décision de modifier l'ordonnance alimentaire dans *Beninger c. Beninger*, [2009] B.C.J. n° 2197, 2009 CarswellBC 2963, 2009 BCCA 458. Dans une affaire où le revenu dépassait le plafond, le juge du procès avait considéré des fourchettes pour des revenus de 366 400 $ et de 416 400 $, en raison d'un bonus incertain reçu par le payeur, et a ensuite choisi un montant à l'extrémité inférieure de la fourchette pour le revenu le plus élevé, qui tombait au milieu de la fourchette pour le revenu le moins élevé.

Pour des exemples de ce qui précède à l'étape provisoire, voir *Kozek c. Kozek*, [2009] B.C.J. n° 2544, 2009 BCSC 1745 (protonotaire), confirmé en appel par [2009] B.C.J. n° 2412, 2009 BCSC 1663 (revenu de dividende); *Muzaffar c. Mohsin*, [2009] O.J. n° 4005 (C.S.J.) (époux travaillant pour son propre compte).

Un autre exemple serait les affaires où le tribunal doit décider s'il y a lieu d'attribuer un revenu à un bénéficiaire de pension alimentaire, ou combien, lorsque la question de l'indépendance économique est en jeu. Tout comme pour le payeur, des hypothèses différentes de revenu produiront des fourchettes qui se chevauchent. Lorsque l'écart entre les revenus est important, il

y aura un important chevauchement, ce qui simplifiera souvent le résultat, comme ce fut le cas dans *Teja c. Dhanda*, [2009] B.C.J. n° 928, 2009 BCCA 198 (le juge du procès avait considéré des fourchettes de revenus de l'épouse de 25 000 $ et de zéro). Voir aussi *P.D.E. c. A.J.E.*, [2009] B.C.J. n° 2497, 2009 BCSC 1712 (épouse sous-employée, fourchettes fixées pour des revenus de 20 000 $, 40 000 $ et 50 000 $, ordonnance dégressive jusqu'à extinction prononcée).

d) Autres questions touchant le revenu

Il y a d'autres questions touchant le revenu qui n'apparaissent pas ici mais qui sont abordées spécifiquement sous d'autres rubriques du Guide d'utilisation. Nous nous contentons de les énumérer ici, en donnant la référence aux sections de la version définitive du Guide où elles sont traitées :

- Plafonds et planchers : les revenus supérieurs au « plafond » et inférieurs au « plancher » sont traités sous la rubrique « Plafonds et planchers » (VD 11).

- Revenu non imposable du payeur : une exception a été prévue dans la version définitive du Guide lorsque le payeur tire la majorité ou la totalité de son revenu de sources légitimement non imposables, et cette question est traitée sous la rubrique « Exceptions » (VD 6.6 et 12.8).

- Augmentation de revenu du payeur après la séparation : cette question importante et difficile est traitée sous la rubrique « Modification et révision » (VD 14.3).

- Attribution d'un revenu au titre de l'indépendance économique : la question est traitée sous la rubrique « Modification et révision » (VD 13.2).

6 L'UTILISATION DE LA BONNE FORMULE

La grande distinction entre les deux formules est l'existence d'une obligation alimentaire pour enfant, ce qui est d'une évidence éblouissante direz-vous, puisque les formules s'appellent *sans pension alimentaire pour enfant* et *avec pension alimentaire pour enfant*. Mais il arrive dans certains cas qu'un avocat plaide la mauvaise formule, habituellement dans des affaires mettant en cause un beau-parent ou un payeur gardien. Dans d'autres, il n'y a pas de pension alimentaire pour enfant. Dans d'autres encore, il peut y avoir un enfant plus âgé vivant à l'extérieur pour suivre des études. Avec le temps, on peut s'attendre à ce que ces cas d'utilisation de la « mauvaise formule » disparaissent.

- Lorsque la mauvaise formule est plaidée, on pourrait espérer que l'avocat de la partie adverse ou le juge s'aperçoive de l'erreur, mais ce n'est pas toujours le cas. Dans une affaire de beau-parent, le payeur peut utiliser la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, afin de réduire le montant de la pension alimentaire pour époux, plutôt que d'accepter la version correcte et plus généreuse de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* s'appliquant à un beau-parent : *Parsons c. Watt*, [2008] M.J. n° 444, 2008 MBQB 328 (cohabitation de 4 ans, fourchette rejetée par le juge; *Hofman c. Hofman*, [2008] O.J. n° 5335, 2008 CarswellOnt 8079 (l'époux utilisait la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, encore une fois dans une affaire de beau-parent, alors que l'épouse utilisait la formule correcte *avec pension alimentaire pour enfant*, mais la Cour a partagé la différence).

- La même chose peut se produire dans les affaires de *payeur gardien*, mais dans ce cas, c'est l'époux bénéficiaire qui utilise la mauvaise formule, celle *sans pension alimentaire pour enfant*, en vue d'augmenter le montant de sa pension alimentaire : *Cunningham c. Montgomery*, [2009] O.J. n° 1310, 2009 CarswellOnt 1733 (C.S.J.) (et pour aggraver les choses, on avait utilisé l'extrémité supérieure de la mauvaise fourchette); *Gardner c. Gardner*, [2009] O.J. n° 340, 2009 CarswellOnt 387 (C.S.J.) (on a tenté un ajustement grossier de la pension alimentaire pour enfant que l'épouse aurait dû verser).

- Lorsqu'il existe une obligation de verser une pension alimentaire pour enfant mais qu'aucune pension n'est réellement versée, notamment dans les cas de *payeur gardien*, il arrive que la formule *sans pension alimentaire pour enfant* soit appliquée, incorrectement, car on omet alors de déduire la pension alimentaire pour enfant théorique pour le parent gardien et on exagère ainsi le montant de la pension alimentaire pour époux à verser.

- Dans certains cas, il y a des enfants plus âgés qui étudient à l'université à l'extérieur du foyer, mais les avocats et les tribunaux appliquent quand même la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, souvent sans tenir compte de l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant qui demeure pour l'un des parents ou les deux : *Sarophim c. Sarophim*, [2010] B.C.J. n° 284, 2010 BCSC 216 (aucun montant établi, extrémité inférieure pour tenir compte des frais d'université, a déclaré la Cour, mais échelle de la formule pour enfant majeur beaucoup plus faible).

La formule *avec pension alimentaire pour enfant* est en fait une famille de formules différentes, déterminée en fonction des ententes relatives à la garde et à la pension alimentaire pour enfant. Dans le cadre de cette « formule », il y d'autres possibilités d'utiliser la « mauvaise » formule, qui sont exposées ci-dessous.

7 LA FORMULE *SANS PENSION ALIMENTAIRE POUR ENFANT* (CHAPITRE 7 DE LA VD)

Dans les cas où il n'y a pas d'enfant à charge, on applique la **formule *sans pension alimentaire pour enfant***. Cette formule vise diverses situations de fait. De même, dans certains cas, la pension alimentaire sera initialement établie au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, mais une fois que les enfants sont indépendants, le montant devra être calculé au moyen de cette formule (VD 14.5).

Pour déterminer le montant et la durée de la pension alimentaire, cette formule se fonde principalement sur la **durée de la relation**. Le montant et la durée augmentent en fonction de la durée de la relation. Cette formule est construite à partir de la notion de **fusion au fil des années** qui apporte une aide précieuse pour réaliser les objectifs compensatoires et non compensatoires de la pension alimentaire quand il n'y a pas d'enfant à charge.

Pour les mariages de courte ou de moyenne durée sans enfant, le fondement du droit aux aliments sera essentiellement compensatoire, et la formule produit des octrois transitoires, l'étendue de la période de transition étant proportionnelle à la durée de la relation. Pour les mariages de plus longue durée, le fondement du droit aux aliments dépend des circonstances; il peut être principalement non compensatoire (mariage sans enfant) ou être tantôt compensatoire, tantôt non compensatoire (mariage avec des enfants adultes).

- Pour les fins du calcul de la **durée de la relation**, il faut s'assurer d'inclure les périodes de **cohabitation avant le mariage**. D'autre part, cette période se termine à la date de la **séparation** (et non du divorce).

- Lorsque l'on a recours à cette formule, il est important d'**établir le fondement du droit aux aliments**, notamment s'il est non compensatoire, compensatoire ou les deux à la fois (se reporter à l'exposé ci-dessus et au chapitre 4 de la VD), pour déterminer la situation à l'intérieur des fourchettes et si une exception justifie ou non une dérogation aux fourchettes.

- Même si la formule fonctionne avec des montants bruts, il est toujours important, lorsque l'on détermine un montant précis de pension alimentaire au sein d'une fourchette, de confronter ce chiffre avec la réalité en vérifiant les **positions du revenu net disponible** après le versement du montant en question, notamment dans le cas de mariages de longue durée.

- Il convient de noter l'ajout à la formule de **l'égalisation du « plafond » du revenu net** dans la version définitive (VD 7.4.1). Ce « plafond » s'applique aux mariages de longue durée (25 ans et plus), lorsque la fourchette se situe entre 37,5 et 50 pour cent de l'écart entre les revenus bruts. Le « plafond » met en œuvre le principe voulant que le bénéficiaire d'une pension alimentaire pour époux ne devrait jamais recevoir un montant qui le laisse avec plus de 50 pour cent du revenu net disponible ou des liquidités mensuelles des époux. Les logiciels peuvent calculer ce plafond du revenu net avec précision et le présentent comme étant la limite supérieure de la fourchette. Pour ceux qui ne possèdent pas le logiciel ou qui ne disposent pas de calculs précis du revenu net, ce plafond peut être calculé simplement à la main, à raison de 48 pour cent de la différence entre les revenus bruts. Cette méthode du

« 48 pour cent » ne constitue pas la meilleure solution mais elle est quand même satisfaisante.

- Lorsque les fourchettes produites par la formule semblent inadéquates, il faut envisager une **restructuration** (voir ci-dessous et le chapitre 10 de la VD) et penser aux **exceptions** (voir ci-dessous et le chapitre 12 de la VD); elles s'appliquent principalement aux cas auxquels s'applique la formule *sans pension alimentaire pour enfant.*

a) Le problème du montant dans les mariages de courte durée sans enfants (VD 7.4.2)

Dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, les mariages de courte durée donnent droit à des montants très limités, voire nuls, même dans les cas où il existe un écart important entre les revenus. Habituellement, les montants modestes générés par la formule sont restructurés en un montant forfaitaire ou une pension alimentaire transitoire d'une durée très courte. Ce résultat est conforme au droit actuel et ne soulève généralement aucun problème; voir *Conquergood c. Dalfort*, [2007] B.C.J. n° 2337, 2007 BCSC 1556. Les exceptions cernées peuvent s'appliquer à la plupart des cas de mariage de courte durée lorsque le résultat produit par la formule semble inapproprié.

- Dans certaines régions du pays (à savoir certaines parties de l'Ontario), on peut trouver des pensions alimentaires transitoires plus généreuses qui permettent au bénéficiaire de conserver le même niveau de vie que durant le mariage pendant une période appréciable, même après un mariage de courte durée. Pour un exemple récent, voir *Refcio c. Refcio*, [2009] O.J n° 1539 (C. dist. Ont.). Il s'agit d'une tendance régionale limitée qui est difficile à justifier au moyen des principes actuels qui régissent les pensions alimentaires pour époux. Voir *Duggan c. Elsom*, [2007] O.J. n° 2168 pour une décision rendue en Ontario témoignant d'une inflexion du droit ontarien vers les résultats produits par les Lignes directrices.

- Il ne faut pas oublier l'**exception compensatoire** (VD 12.5), qui s'applique aux mariages de courte durée ou de durée moyenne sans enfant lorsqu'il y a d'importantes demandes compensatoires qui ne sont pas suffisamment compensées par les montants modestes de nature non compensatoire et transitoire générés par la formule.

    - Ces demandes compensatoires peuvent être liées à une **perte économique** découlant, par exemple, d'un déménagement ou d'une démission pour se marier ou pour permettre l'embauche de l'autre époux; voir *Campbell c. Campbell*, [2008] O.J. n° 2168, *Ahn c. Ahn*, [2007] B.C.J. n° 1702, 2007 BCSC 1148 (B.C.S.C.); *Fuller c. Matthews*, [2007] B.C.J. n° 656, 2007 BCSC 444 (B.C.S.C.); *Beardsall c. Dubois*, [2009] O.J. n° 416 (C.S.J.).

    - Elles peuvent aussi viser une **demande en restitution** (contribution au financement des études de l'époux et séparation avant que l'époux pourvoyeur ait pu profiter des avantages de la capacité accrue de gagner un revenu de l'autre époux); voir *Muchekeni c. Muchekeni*, [2008] N.W.T.J. n° 19, 2008 NWTSC 23.

Ces demandes compensatoires doivent être évaluées sur une base individuelle.

- **L'exception provisoire en cas de situation financière difficile** (voir ci-dessus et VD 12.1) peut également s'appliquer aux mariages de courte durée lorsque les montants générés par la formule ne permettent pas de manière réaliste de subvenir aux besoins immédiats pendant la période de transition suivant la rupture du mariage.

- **L'exception relative aux besoins essentiels/difficultés** a été ajoutée à la version définitive (voir ci-dessus et VD 12.7) afin de tenir compte du problème particulier posé par les mariages de courte durée (1 à 10 ans) lorsque le bénéficiaire a peu ou pas de revenus et que l'on considère que la formule n'ouvre pas droit à une pension suffisante pour permettre au bénéficiaire de répondre à ses besoins essentiels durant une période de transition qui va au-delà de l'exception provisoire. L'arrêt *Simpson c. Grignon*, [2007] O.J. n° 1915, 2007 CarswellOnt 3095 (C.S.J. Ont.) fournit une illustration de cette exception. Cette exception peut notamment s'appliquer aux affaires de parrainage en matière d'immigration (voir la section b) ci-dessous).

b) Les mariages de courte durée : affaires de parrainage en matière d'immigration

Il y a un type de mariages de courte durée qui soulève des questions particulières selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, ceux où il y a une entente de parrainage d'un des époux immigrants au moment de la rupture du mariage. De nos jours, la plupart des ententes de parrainage durent trois ans, mais elles pouvaient durer jusqu'à dix ans par le passé. Dans certaines affaires de mariage de très courte durée, les tribunaux ont utilisé la durée de l'entente de parrainage pour fixer la durée de la pension alimentaire pour époux, ce qui la prolongeait au-delà des fourchettes de durées des Lignes directrices facultatives. Certains tribunaux ont aussi dans de tels cas ordonné des montants de pension alimentaire plus élevés que le montant se situant à l'extrémité supérieure de la fourchette afin qu'il couvre les besoins essentiels du bénéficiaire et lui évite de devoir recourir à l'aide sociale. Voir *Gidey c. Abay*, [2007] O.J. n° 3693 (C.S.J. Ont.) et *T.M. c. M.A.G.*, [2006] B.C.J. n° 3479, 2006 BCPC 604 (C.P. C.-B.).

Certaines des exceptions prévues peuvent être pertinentes pour justifier que l'on s'écarte des fourchettes établies par les formules :

- l'exception compensatoire pour les mariages de courte durée;
- l'exception provisoire en cas de situation financière difficile;
- l'exception relative aux besoins essentiels/difficultés.

Il reste que l'entente de parrainage pourrait être un facteur indépendant dans le cas de mariages de courte durée, donnant lieu à un montant ou à une durée s'écartant des fourchettes établies par les formules.

- Dans certaines affaires de parrainage, la question du droit aux aliments peut se poser. Malgré l'entente de parrainage, le tribunal peut conclure qu'il n'y a pas de droit aux aliments : voir *Mazloumisadat c. Zarandi*, [2010] O.J. n° 252 (C.S.J.) (mariage d'un an, pas de droit aux

aliments parce que l'époux avait dit à l'épouse de ne pas venir); *Merko c. Merko*, 2008 CarswellOnt 6361, 2008 ONCJ 530 (mariage de très courte durée; aucune fusion de leurs vies économiques, l'une et l'autre partie sans revenu).

- Si l'époux bénéficiaire ne reçoit pas d'aide sociale, il se peut que l'entente de parrainage ne soit pas un facteur pertinent pour déterminer si on doit faire exception aux fourchettes déterminées par les formules : voir *Tailor c. Tailor*, [2008] O.J. n° 3900 (C.S.J.) (l'exception compensatoire opère toujours pour justifier un montant plus élevé que celui prévu aux Lignes directrices facultatives).

c) La durée selon la formule sans pension alimentaire pour enfant (VD 7.5)

- **Tenir compte de la durée.** Nous avons constaté que la formule est abondamment employée pour déterminer le montant de la pension, mais que la durée est souvent laissée de côté. Il s'agit d'une mauvaise application de la formule. L'application d'une partie de la formule sans appliquer l'autre nuit à son intégrité et à sa cohérence. L'extension de la durée au-delà des fourchettes prévues par la formule, par exemple, nécessite un ajustement correspondant des montants au moyen d'une **restructuration** (voir ci-dessous et le chapitre 10 de la VD).

- **Le « problème » de la durée**. Cette formule donne lieu à des **limites de durée** dans le cas de relations de moins de 20 ans et que la règle des 65 n'est pas applicable. Dans certaines circonstances, ces limites peuvent sembler incompatibles avec le droit actuel qui est peu favorable à leur utilisation, sauf dans le cas de mariages de courte durée. Lorsque l'on doit appliquer des limites selon cette formule, en particulier dans les cas de mariages de durée moyenne, il convient de tenir compte de ce qui suit (VD 7.5.6) :

  - **Le droit relatif aux délais est en évolution.** On reconnaît de plus en plus le **caractère approprié des limites de durée, plus particulièrement lorsque le fondement du droit aux aliments est essentiellement non compensatoire** et que l'objectif de la pension alimentaire est d'assurer la transition vers un niveau de vie inférieur : voir *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11 (7 ans de pension après 19 ans de mariage sans enfant; à l'intérieur de la fourchette globale après restructuration), *Malesh c. Malesh*, [2008] O.J. n° 2207, *Johnson c. Angeline*, [2008] O.J. n° 2327, 2008 CarswellOnt 3467, *Hance c. Carbone*, 2006 CarswellOnt 7063 (C.S.J. Ont.) et *Bishop c. Bishop*, [2005] N.S.J. n° 324, 2005 NSSC 220 C.S. N.-É.).

  - Si l'on est préoccupé par le fait d'avoir à faire des prédictions, il faut garder à l'esprit que les **ordonnances de durée limitée peuvent être modifiées** lorsqu'un changement important des circonstances survient. Voir *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n°38, 2008 ONCA 11 et *Fewer c. Fewer*, [2005] N.J. n°303, 2005 NLTD 163 (C.S. T.-N.-L.).

  - Les délais applicables selon cette formule peuvent être employés **d'une manière plus souple**, similaire à l'utilisation des fourchettes de durées établies au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, pour structurer le processus continu de révision et de modification. Bien que l'ordonnance initiale soit illimitée (durée non précisée), une limite peut être imposée lors d'une modification ou d'une révision ultérieure. Voir

Kerman c. Kerman, [2008] B.C.J n°710, 2008 CarswellBC 793, 2008 BCSC 500, *Hanssens c. Hanssens*, [2008] B.C.J. n° 526, 2008 CarswellBC 591, 2008 BCSC 359, *Kelly c. Kelly*, [2007] B.C.J. n° 324, 2007 BCSC 227; *Gammon c. Gammon*, 2008 CarswellOnt 6349 (C.S.J.) (durée totale de 10 ans après une relation de 15 ans sans enfant; fin de la pension 4 ans après la séparation sur demande de modification après le départ à la retraite du mari); *Bourque c. Bourque*, [2008] N.B.J. n° 469, 2008 NBQB (durée totale de 16 ans après un mariage de 17 ans; date de fin de la pension fixée à la suite d'une demande de modification 9 ans après la séparation). Un autre bon exemple de décision utilisant la formule du payeur gardien est *Puddifant c. Puddifant*, [2005] N.S.J. n° 558, 2005 NSSC 340 (S.C.F.D.).

- Si l'on envisage de prolonger la durée de la pension alimentaire dans des cas où la formule génère une limite, il est nécessaire de recourir à la **restructuration** pour ajuster les montants à la baisse (voir ci-dessous et le chapitre 10 de la VD.).

- **La signification de durée « illimitée ».** La durée établie au moyen de cette formule est illimitée lorsque la relation a duré 20 ans ou plus ou lorsque la règle des 65 s'applique. Nombreux sont ceux qui ont mal interprété cette expression. **Une pension alimentaire illimitée n'est pas nécessairement permanente**. En outre, cela ne signifie certainement pas que la pension alimentaire demeurera de manière indéfinie au niveau fixé au moyen de la formule, puisque de telles ordonnances sont susceptibles d'être modifiées si les circonstances changent avec le temps. Dans la version définitive, nous avons adopté une nouvelle expression—**« illimitée (durée non précisée) »**—pour exprimer le fait que de telles ordonnances ou ententes peuvent faire l'objet de modifications et d'une révision et qu'au moyen de ce processus, elles peuvent même être soumises à des délais, voire que l'on peut y mettre fin (VD 7.5.2). Pour une bonne discussion sur le sens à donner à pension de durée « illimitée », voir *Banziger c. Banziger*, [2010] B.C.J. n° 253, 2010 BCSC 179.

- Lorsqu'une ordonnance alimentaire est illimitée, le bénéficiaire est soumis à l'obligation **de déployer tous les efforts raisonnables pour atteindre l'indépendance économique**, même s'il ne parvient pas à atteindre une indépendance totale, et s'il ne déploie pas les efforts voulus, un revenu peut lui être attribué, ou sa pension alimentaire peut être réduite à l'issue d'une révision ou d'une modification. (Voir le chapitre 13 de la VD pour une discussion sur l'indépendance économique).

d) La durée et la « règle des 65 » (VD 7.5.3)

En déterminant la durée de la pension alimentaire, même si la relation a duré moins de 20 ans, il peut être approprié d'accorder une pension alimentaire de durée illimitée en application de la « règle des 65 ». En vertu de cette règle, la durée de la pension alimentaire, selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, sera illimitée (durée non précisée) même pour une relation qui aurait duré moins de 20 ans, si le nombre d'années de cette relation plus l'âge du bénéficiaire à la date de la séparation est égal ou supérieur à 65.

Il n'y a souvent pas de référence explicite à la « règle des 65 » lorsque le tribunal ordonne le versement d'une pension alimentaire de durée indéterminée (voir *Busse c. Gadd*, [2009] S.J.

n° 438, 2009 SKQB 99; *Robertson c. Williams*, [2009] O.J. n° 5451 (C.S.J.)). Et il arrive dans certains cas qu'un délai soit imposé même si la « règle des 65 » aurait donné lieu à une pension alimentaire illimitée : voir *Hayes c. Hanrieder*, [2009] O.J n° 421 (C.S.J.).

- **Ne s'applique pas aux mariages de courte durée.** Il est à noter que la « règle des 65 » pour une pension alimentaire illimitée (durée non précisée) ne s'applique pas aux mariages de courte durée (moins de 5 ans).

- **Âge à la date de la séparation.** Il faut aussi noter que le calcul pour la « règle des 65 » doit prendre en compte l'âge du bénéficiaire **au moment de la séparation**, et non au moment de la demande ou du procès (pour des affaires où cette erreur a été commise, voir *Domirti c. Domirti*, 2009 BCSC 749 et *Smith c. Smith*, [2008] B.C.J. n° 530, 2008 BCSC 363).

e) Les mariages de durée moyenne avec enfants : changement de formule après la fin de la pension alimentaire pour enfant

Il y a un type d'affaires qui commencent à émerger dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, celui des mariages de durée moyenne avec enfants. Dans ces affaires, il y a des enfants à charge au moment de la séparation, et la pension alimentaire pour époux a au départ été déterminée selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant*. Mais après que celle-ci a pris fin, ces affaires pourraient passer à la formule *sans pension alimentaire pour enfant* dans la foulée d'une demande de révision ou de modification; voir par exemple *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214. Il est important de connaître l'existence de cette catégorie particulière d'affaires.

- S'il est satisfait aux conditions de la révision ou de la modification, la conversion à une autre formule peut nécessiter un nouveau calcul du montant de la pension alimentaire, de même qu'une nouvelle détermination de la durée, et il peut même y avoir une demande de la part du payeur pour y mettre fin. **La formule *sans pension alimentaire pour enfant* sera utilisée pour déterminer le nouveau montant de la pension alimentaire pour époux.** Pour ce qui est de la durée, comme la catégorie d'affaires auxquelles la conversion d'une formule à l'autre s'applique sera celle des mariages de moyenne ou de longue durée, elle sera fonction de la durée du mariage et sera donc la même dans le cadre des deux formules. (Pour une discussion plus approfondie sur les affaires de révision et de modification portant sur la conversion d'une formule à l'autre, voir VD 14.5 et ci-dessous sous la rubrique « Modification et révision »).

- Il s'agit d'affaires comportant des **demandes clairement compensatoires**, comparativement à des mariages de durée moyenne sans enfant à charge. On s'attendrait donc à ce que le montant et la durée se situe près de **l'extrémité supérieure de la fourchette.**

- Dans ces affaires, l'article **15.3 de la *Loi sur le divorce* et l'exception prévue dans les Lignes directrices pour compensation insuffisante** selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* (VD 12.11) peuvent aussi être pertinents. Si le montant de la pension alimentaire pour époux était insuffisant par le passé en raison de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfant, il se peut que le versement de la pension alimentaire pour

époux doive se poursuivre au-delà du délai généré par la formule afin de satisfaire à la demande compensatoire du bénéficiaire. Voir VD 12.11 et la discussion des affaires citées sous la rubrique « Exceptions »; voir *Domirti c. Domirti*, 2009 BCSC 749.

f) Les cas des personnes à la retraite selon la formule sans pension alimentaire pour enfant

Dans une sous-catégorie d'affaires visées par la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, l'une des parties ou les deux peuvent avoir pris leur retraite. Celle-ci peut avoir précédé la séparation dans certains cas ou lui être postérieure dans d'autres cas, et être alors le motif d'une demande de modification ou de révision.

Les affaires de pension alimentaire pour époux mettant en cause la retraite peuvent soulever des questions complexes concernant le droit aux aliments et la détermination du revenu. Aussi, les situations de maladie et de faibles revenus dans lesquelles se trouvent souvent les personnes âgées peuvent justifier que l'on envisage des exceptions aux Lignes directrices facultatives. Pour un excellent aperçu sur cette question, voir Marie Gordon, « Back to Boston : Spousal Support After Retirement » (2009) 28 *C.F.L.Q.* 125.

Voici quelques questions particulières à prendre en compte dans les affaires mettant en cause la retraite :

- **Changement important :** Si le départ à la retraite du payeur suivi d'une baisse de son revenu est le motif d'une demande de modification, la question de savoir si la retraite constitue un **changement de situation important** peut se poser. Ainsi, une **retraite anticipée** peut ne pas être qualifiée de changement important, sauf pour des raisons de santé, et si elle l'est, le tribunal peut attribuer un revenu additionnel : voir *Francis c. Logan*, [2008] BCSC 1028 et *Gajdzik c. Gajdzik*, 2008 BCSC 160. De même, peut se poser la question de savoir si **le départ à la retraite était « prévu » ou « prévisible »**, au sens qu'il aurait été pris en compte dans l'entente initiale; voir *Templeton c. Templeton*, 2005 ABCA, 14 R.F.L. (6th) 161 et *Fishlock c. Fishlock* (2007), 46 R.F.L. (6th) 254 (C.S.J. Ont.).

- **Primes de retraite :** Peut aussi se poser la question de savoir si une prime de retraite reçue durant l'année du départ à la retraite sera traitée comme un revenu pour cette année. Jusqu'ici, la réponse a normalement été « non » : voir *Hurst c. Hurst*, [2008] O.J. n° 3800 (C.S.J.) et *Gammon c. Gammon*, 2008 CarswellOnt 6349 (C.S.J.).

- **L'arrêt *Boston* et la double ponction :** Les Lignes directrices ne changent pas la règle de droit établie dans *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, qui régit la double ponction relativement au partage de la pension de retraite et à la pension alimentaire pour époux. Cette règle vise le droit aux aliments et le droit à une part du revenu de retraite déjà divisé du payeur. Selon les Lignes directrices facultatives, *Boston* est reconnu comme étant un motif d'exception (VD 12.6.3), discuté ci-dessous sous la rubrique « Exceptions ».

  L'arrêt *Boston* articule une règle générale contre la double ponction, à savoir que la pension alimentaire pour époux ne doit pas être versée à même une rente qui a déjà divisée dans le cadre d'un partage des biens entre les époux. Toutefois, l'arrêt reconnaît des exceptions à

cette règle, exceptions qui ont été longuement discutées en appel dans les affaires *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] O.J. n° 3911 (C.A.); *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 36 R.F.L. (5th) 241 et *Cymbalisty c. Cymbalisty*, 2003 MBCA 138, 44 R.F.L. (5th) 27. Les exceptions les plus fréquentes à la règle interdisant la double ponction sont fondées sur les difficultés et le besoin.

L'arrêt *Boston* s'applique aux affaires où il n'y a pas eu de division en espèces ou requise par la loi de la rente, mais où l'époux bénéficiaire a plutôt reçu d'autres biens ou un montant forfaitaire au lieu d'une part de la rente. Pour appliquer la règle interdisant la double ponction établie dans l'arrêt *Boston*, le tribunal doit avoir la preuve d'une évaluation préalable du montant de la rente et de sa division, afin de déterminer quelle part du revenu courant du payeur a été divisée. Dans certains cas, cette part sera relativement petite comparativement à la part non divisée, de sorte que l'arrêt *Boston* n'aura pas d'effet : *Leepart c. Leepart*, 2009 CarswellSask 54, 2009 SKQB 47.

Lorsque le montant de la rente est divisé à la source au moment du versement, comme c'est le cas en vertu de la loi en Colombie-Britannique ou en Nouvelle-Écosse, alors les problèmes soulevés dans l'arrêt *Boston* peuvent généralement être évités : *Trewern c. Trewern*, [2009] B.C.J. n° 343, 2009 BCSC 236. Dans ces cas, les deux époux ajoutent simplement les montants de la rente à leur revenu et les parts déjà divisées de la rente s'annulent mutuellement.

L'application de l'arrêt *Boston* dans le contexte des Lignes directrices facultatives soulève des questions complexes. L'exception au titre de l'arrêt *Boston* fait en sorte qu'il pourrait être nécessaire d'apporter des ajustements à l'application des Lignes directrices facultatives afin d'éviter la double ponction, mais il est difficile de déterminer quand et comment faire ces ajustements, en partie en raison du caractère flou de l'arrêt *Boston* lui-même.

Dans deux affaires en Ontario, le tribunal, en vue d'éviter la double ponction, s'est fondé de très près sur les formules pour apporter un ajustement aux Lignes directrices facultatives qui ne reflète peut-être pas exactement l'arrêt *Boston*. Dans chaque affaire, le tribunal a réduit le revenu du payeur du montant de la rente divisée, et a ensuite établi la fourchette selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* pour ce revenu : *Hurst c. Hurst*, [2008] O.J. n° 3800 (C.S.J.) et *Gammon c. Gammon*, [2008] O.J. n° 4252, 2008 CarswellOnt 6349 (C.S.J.). Dans les deux cas, la rente déjà divisée correspondait à une petite partie du revenu total du payeur, et les problèmes n'étaient donc pas très manifestes. De plus, dans l'arrêt *Hurst*, cette méthode d'ajustement était dictée par l'entente entre les parties. Dans d'autres affaires toutefois, cet ajustement de revenu fondé sur les formules peut être trop mécanique et rigide, et donner lieu à des résultats qui ne conviennent pas. Non seulement risque-t-il de passer à côté des exceptions établies dans l'arrêt *Boston*, mais les résultats au regard des Lignes directrices facultatives peuvent être arbitraires.

Pour en donner un exemple simple, supposons que les époux ont été mariés pendant 20 ans et que l'épouse a un revenu de 10 000 $ de sources autres que la rente. L'époux payeur a pris sa retraite avec un revenu annuel de 50 000 $, dont 30 000 $ provient de sa rente déjà divisée. Si on applique l'ajustement prévu dans l'arrêt *Boston*, l'échelle des Lignes directrices facultatives serait de 250 $ à 333 $/mois. Si le payeur était traité comme une personne vivant

avec 20 000 $ par année, soit le revenu « plancher » pour verser une pension alimentaire pour époux, le montant accordé pourrait se situer à l'extrémité inférieure de la fourchette, ou même être nul. Cela ferait fi du revenu de base de 30 000 $ sur lequel le payeur peut compter pour vivre.

Dans certaines affaires récentes où on a appliqué les Lignes directrices facultatives, les tribunaux ont pris en compte la totalité du revenu du payeur pour établir la fourchette, s'appuyant sur les exceptions à la règle interdisant la double ponction fondées sur les difficultés et la nécessité : voir *Scott c. Scott*, [2009] O.J. n° 5279 (C.S.J.) et *Jenkins c. Jenkins*, [2009] M.J. n° 271, 2009 MBQB 189.

Un autre aspect de la règle contre la double ponction établie dans l'arrêt *Boston* est l'obligation pour l'époux bénéficiaire de convertir en source de revenus les biens reçus en « contrepartie » de la rente du payeur au moment du partage des biens.

Dans deux affaires récentes, l'époux payeur avait pris une retraite anticipée et a ensuite plaidé que l'épouse bénéficiaire au début de la cinquantaine soit tenue de toucher sa partie de la rente, ou alors qu'un revenu lui soit attribué aux fins des Lignes directrices facultatives, mais le tribunal a rejeté cet argument de type « *Boston* » inversé : *Szczerbaniwicz c. Szczerbaniwicz*, [2010] B.C.J. n° 562, 2010 BCSC 421 et *Swales c. Swales*, [2010] A.J. n° 297, 2010 ABQB 187.

- **Retrait de capital :** Après la retraite, le revenu seul peut ne pas être un indicateur juste de la situation économique du bénéficiaire ou du payeur, qui peuvent devoir retirer une partie de leur capital pour subvenir à leurs besoins. Il peut alors être nécessaire d'attribuer un revenu théorique dans le cadre des Lignes directrices facultatives.

- **Le revenu « plancher » :** Les revenus sont parfois faibles après la retraite, alors il faut se rappeler qu'en application des Lignes directrices facultatives, le revenu plancher du payeur est de 20 000 $, avec la possibilité d'une exception de s'en écarter lorsqu'il se situe entre 20 000 $ et 30 000 $. Voir ci-dessous sous la rubrique « Plafonds et planchers ».

- **La « règle des 65 » :** La « règle des 65 » peut s'appliquer pour prolonger la durée.

- **L'exception au titre de l'invalidité :** Cette exception peut être pertinente dans le cas d'époux plus âgés et de mariages de plus courte durée. Voir ci-dessous sous la rubrique « Exceptions ».

8 LA FORMULE *AVEC PENSION ALIMENTAIRE POUR ENFANT* (CHAPITRE 8 DE LA VD)

La formule *avec pension alimentaire pour enfant* regroupe en réalité plusieurs formules, bâties autour des ententes en matière de garde et de pension alimentaire pour enfant. Dans ces circonstances, le fondement principal de la pension alimentaire pour époux est *compensatoire*. L'interaction des pensions alimentaires pour enfant et pour époux peut souvent soulever des questions juridiques complexes : voir Thompson, « The Chemistry of Support : The Interaction of Child and Spousal Support » (2006), 25 Can. F.L.Q. 251.

- Il faut s'assurer d'avoir recours à la **bonne formule**, parmi les six qui sont énumérées au chapitre 8 : la formule *de base* (le bénéficiaire a la responsabilité première des soins des enfants et reçoit à la fois une pension alimentaire pour enfant et pour époux); la formule de la *garde partagée*; la formule de la *garde exclusive exercée par chacun des parents*; la formule du *beau-parent*; la formule du *payeur gardien* et la formule pour les *enfants majeurs*.

  Les « erreurs de formule » découlent généralement de la non-utilisation de la formule du *parent gardien* ou de la formule pour *enfants majeurs*. Les deux sont des formules « hybrides », qui donnent la priorité à la pension alimentaire pour enfant mais qui sont structurées selon les mêmes principes que la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. Elles mettent l'accent sur la durée du mariage et la « fusion au fil des années », et produisent donc des fourchettes différentes que les autres formules *avec pension alimentaire pour enfant*. Par exemple, dans *Grinyer c. Grinyer*, 2008 CarswellOnt 366 (C.S. J. Ont.), le tribunal a eu recours à la formule de base plutôt qu'à la formule correcte du *payeur gardien*.

- **Les prestations gouvernementales pour enfant** sont importantes et ont une incidence réelle sur les fourchettes des montants de pension alimentaire pour époux, puisque ces prestations sont traitées comme un revenu aux fins du calcul de la pension alimentaire pour époux. Dans tous les cas qui concernent de jeunes enfants, âgés de moins de 6 ans, il faut vérifier si la prestation universelle pour la garde d'enfants (PUGE) est demandée : voir *Tremblay c. Tremblay*, [2008] O.J. n° 420 (C.S. J. Ont.); *P.G. c. N.L.*, [2008] O.J. n° 2045 (C.S.J. Ont.) (PUGE non incluse). Dans les affaires de garde partagée, il faut vérifier si les époux reçoivent en alternance la prestation fiscale canadienne pour enfants, la PUGE et la portion du crédit pour TPS relative aux enfants, ou si un seul époux (habituellement l'époux disposant du revenu le plus bas) reçoit ces prestations, comme l'a fait le tribunal dans *Samson c. Samson*, [2009] B.C.J. n° 952, 2009 BCSC 635 et *Bigelow c. Downie*, [2009] B.C.J. n° 293, 2009 BCSC 205.

- **Les dépenses prévues à l'article 7** et les contributions de chaque parent ont une incidence cruciale sur les fourchettes de pensions alimentaires pour époux générées par les formules. Par définition, tout paiement effectué au titre des dépenses prévues à l'article 7 réduira la fourchette, même pour les dépenses telles que les frais de garde d'enfants qui donnent droit à des allégements fiscaux. En outre, les contributions exactes des parents doivent aussi être prises en considération, surtout si elles sont établies sans égard au versement de la pension alimentaire pour époux ou si elles sont calculées sur une autre base que les revenus après le versement de la pension alimentaire.

Chose surprenante, les avocats et les tribunaux omettent souvent de prendre en compte les dépenses au titre de l'art. 7 dans le calcul de la fourchette de la pension alimentaire pour époux, de sorte que le payeur doit incorrectement verser un montant plus élevé. Pour quelques affaires seulement où les dépenses au titre de l'art. 7 n'ont pas été prises en compte (il y en a d'autres), voir *Morey c. Morey*, [2009] O.J. n° 1160, 2009 CarswellOnt 1502 (C.S.J.); *Boju c. Corr*, [2009] O.J. n° 443, 2009 CarswellOnt 563 (C.S.J.); *Southcott c. Southcott*, [2009] B.C.J. n° 1143, 2009 BCSC 760.

- Il est important de se rappeler que les déductions admissibles pour le calcul du revenu individuel net disponible selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* n'incluent *pas* les déductions pour les cotisations obligatoires à un régime de retraite, pour les raisons citées (VD 8.3.1). Le logiciel fait ces calculs pour vous. Cela dit, pour des revenus plus faibles, l'importance de ces contributions obligatoires peut être pertinente pour choisir l'emplacement du montant à l'intérieur de la fourchette, pour tenir compte de la capacité de payer limitée du payeur.

- En ce qui concerne la **durée**, toutes les ordonnances ou ententes initiales rendues ou conclues sous le régime des formules de base, de garde partagée ou de garde exclusive exercée par chacun des parents seront **illimitées (durée non précisée)**, et les délais seront imposés uniquement au moment d'une modification ou d'une révision ultérieure. La fourchette de durées applicable selon ces formules est déterminée au moyen de deux critères : celui de la durée du mariage et celui de l'âge des enfants; on utilise alors le critère qui donne la durée la plus longue pour établir les extrémités supérieure et inférieure de la fourchette.

a) La formule de la garde partagée (VD 8.6)

Au moment de la publication de l'Ébauche de proposition, nous attendions encore la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Contino c. Leonelli-Contino*, [2005] 3 R.C.S. 217, 2005 CSC 63, 217, 19 R.F.L. (6th) 272. En outre, en 2005, l'Agence du revenu du Canada a progressivement modifié ses politiques sur le paiement des prestations pour enfants dans les cas de garde partagée. Finalement, nous avons ajusté les fourchettes établies au moyen des formules à partir de la rétroaction des avocats qui s'occupent d'affaires de garde partagée.

- Comme nous l'avons dit à la page précédente, il est essentiel de déterminer quel époux reçoit les **prestations gouvernementales pour enfants** dans des situations de garde partagée avant de calculer la fourchette de pensions alimentaires pour époux (VD 8.6.1).

- La fourchette obtenue au moyen de la formule de la garde partagée est fondée sur la prémisse que les époux ont adopté le montant de pension alimentaire pour enfant issu de la compensation directe, ainsi que les dépenses prévues à l'article 7, le cas échéant. Comme l'énonce très clairement l'arrêt *Contino*, la compensation directe ne constitue pas une règle par défaut, mais le point de départ pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfant dans un cas visé à l'article 9. La pension alimentaire pour enfant peut se révéler, et se révèlera bien souvent, être supérieure (ou, à l'occasion, inférieure) au montant de la compensation directe. Dans certaines situations où il n'y a pas eu de compensation, le montant de la pension alimentaire pour enfant devra être ajusté lors du calcul de la pension

alimentaire pour époux (mais pas dans la majorité des cas), en fonction de la raison pour laquelle un montant supérieur ou inférieur à celui de la compensation directe de la pension alimentaire pour enfant été établi (VD 8.6.2).

- Dans la version définitive, les extrémités de la fourchette de la pension alimentaire pour époux dans une situation de garde partagée ont été ajustées, pour faire en sorte que le partage à parts égales du revenu disponible net ou des rentrées de fonds mensuelles des époux soit inclus dans la fourchette établie à l'aide de la formule. Beaucoup de parents qui ont la garde partagée, et certains juges, ont utilisé ce partage égalitaire du revenu net comme un moyen de maintenir un niveau de vie similaire dans chaque ménage, une démarche qui est également compatible avec l'arrêt *Contino :* voir p. ex. *Swallow c. De Lara*, [2006] B.C.J. n° 2060, 2006 BCSC 1366 (Protonotaire); *Fell c. Fell*, [2007] O.J. n° 1011 (C.S.J. Ont.); *Nordio c. Nordio*, [2007] B.C.J. n° 1710, 2007 BCSC 1164; *J.W. c. M.H.W.*, [2007] B.C.J. n° 1597, 2007 BCSC 1075. Ce résultat se situe habituellement dans la fourchette établie au moyen de la formule de garde partagée, mais dans certaines situations, l'extrémité supérieure de la fourchette doit être rehaussée ou son extrémité inférieure rabaissée pour pouvoir l'inclure. Le logiciel effectue cette opération automatiquement (VD 8.6.3).

  Ces ajustements apportés, dans la version définitive, à la formule de *garde partagée* n'ont malheureusement pas été pris en compte par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Mann c. Mann*, [2009] B.C.J. n° 829, 2009 BCCA 181. La Cour a plutôt tenté de construire sa propre formule « hybride » de garde partagée, une formule comportant de graves lacunes et qui ne devrait PAS être utilisée. Pour une discussion plus détaillée de l'arrêt *Mann*, voir Rogerson et Thompson, « Complex Issues Bring Us Back to Basics : The SSAG Year in Review in B.C. » (2009), 28 Can. F.L.Q. 263, p. 272 à 280. Il y a un nombre étonnant d'affaires de garde partagée comportant d'importants écarts de revenus après la séparation, discutées par Rogerson et Thompson dans le même article, aux p. 315 à 317.

b) La garde exclusive exercée par chacun des parents (VD 8.7)

Pour différentes raisons, il semble y avoir assez souvent des erreurs dans les cas de garde exclusive exercée par chacun des parents, soit lorsque chacun des parents a la responsabilité première des soins d'au moins un enfant.

- Dans certains de ces cas, l'époux qui a le revenu le plus élevé ne demandera pas de pension alimentaire pour enfant de l'autre époux ayant un revenu plus faible. Il faut alors un ajustement pour éviter que ne soit établie une fourchette trop élevée pour la pension alimentaire pour époux (qui présume que le bénéficiaire d'une pension alimentaire pour époux verse dans les faits une pension alimentaire pour enfant). Pour des exemples d'affaires où l'on a omis de faire cet ajustement, voir *Paheerding c. Palihati*, [2009] B.C.J. n° 830, 2009 BCSC 557 ou *Santos c. Santos*, [2008] O.J. n° 5110, 2008 CarswellOnt 7607 (C.S.J.).

c) La garde mixte

Il s'agit d'affaires complexes, où les enfants d'une même famille sont visés par divers régimes de garde, par exemple un enfant dont l'un des parents a la responsabilité première et un autre enfant

en garde partagée, ou deux enfants chacun sous la garde exclusive de chacun des parents et un troisième en garde partagée. Le logiciel règlera les problèmes de « pension alimentaire pour enfant théorique » dans ces cas de garde mixte. Chacun de ces cas comprendra au moins un enfant en garde partagée, ce qui permet une discrétion pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfant, qui ensuite peut compliquer la détermination de la fourchette pour la pension alimentaire pour époux, tel que décrit ci-dessus dans les cas de garde partagée.

d) L'application des formules aux enfants nés d'une union antérieure (VD 8.8)

L'Ébauche de proposition ne faisait aucunement mention des enfants nés d'une union antérieure et ne contenait aucune formule appropriée à appliquer dans de telles circonstances. Dans la vaste majorité des cas, la formule *avec pension alimentaire pour enfant* s'applique sans difficulté. Mais certains tribunaux ont recours à un seuil très bas pour le statut des beaux-parents, en particulier en Colombie-Britannique. Certaines préoccupations ont été soulevées quant au fait que la formule de base pourrait générer des obligations relatives à la pension alimentaire pour époux trop onéreuses dans le cas de ces mariages de courte durée, tout particulièrement du point de vue de la durée. L'établissement d'une fourchette de durées selon cette formule a permis d'atténuer ces préoccupations, dans la mesure où la partie inférieure de la fourchette peut être utilisée dans certains cas de mariages de courte durée.

- Comme nous l'avons noté plus haut (« Utilisation de la bonne formule »), certains avocats et juges peuvent incorrectement utiliser la formule *sans pension alimentaire pour enfant* dans ces cas. Il existe une version de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* qui s'applique spécialement pour les beaux-parents.

- Aux termes de l'article 5 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, il est possible pour un beau-parent de payer moins que le montant de pension alimentaire pour enfant prévu par les tables, lorsque les circonstances le justifient. Lorsque le montant de la pension alimentaire pour enfant est réduit en application de l'article 5, le montant selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* devra être calculé en ayant recours au plein montant de la table plutôt qu'au montant réduit. Si cet ajustement n'est pas fait, la fourchette de pension alimentaire pour époux que l'on obtiendra sera trop élevée, comme ce fut le cas dans *Atkins c. Burgess*, [2010] O.J. n° 275, 2010 ONSC 557 (partie inférieure de la fourchette choisie pour d'autres raisons, donc toujours dans la moitié inférieure de la fourchette); *Hansen c. Roy*, [2009] O.J. n° 282, 2009 CarswellOnt 302 (extrémité supérieure de la fourchette choisie). Pour un exemple d'application correcte de cette formule, voir *Collins c. Collins*, [2008] N.J. n° 296, 2008 NLUFC 31.

- Dans les cas de mariages de courte durée, le tribunal apportera un ajustement à cette formule, non en diminuant le montant, mais en imposant un délai : *Collins c. Collins*, ci-dessus.

e) La formule du *payeur gardien* (VD 8.9)

Lorsque le payeur de la pension alimentaire pour époux a également la responsabilité principale du soin des enfants, une formule différente et hybride s'applique, en déduisant d'abord les

montants majorés de pension alimentaire pour enfant du revenu brut de chaque époux, et en appliquant ensuite la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. La plupart de ces situations mettent en présence des enfants plus âgés et des mariages de longue durée, lorsque l'époux est le payeur avec le revenu le plus élevé et le parent ayant la garde principale. Dans beaucoup de situations, l'épouse bénéficiaire a des problèmes d'incapacité. Un petit nombre d'entre elles concerne des mariages de courte durée, qui donnent lieu à certaines des exceptions relatives aux mariages de courte durée qui ont été mentionnées ci-dessus, pour la formule *sans pension alimentaire pour enfant*.

Comme il est dit plus haut (« Utilisation de la bonne formule »), la formule du *payeur gardien* est souvent omise, les parties ou l'une d'entre elles utilisant incorrectement la formule *sans pension alimentaire pour enfant*.

Dans *Cassidy c. McNeil*, [2010] O.J. n° 1158, 2010 ONCA 218, le juge Lang a fourni une excellente analyse et application de la formule du *payeur gardien* en réduisant en appel le montant de la pension alimentaire pour époux versé à l'épouse et en éliminant le délai, le remplaçant par une ordonnance de durée indéterminée, après un mariage de 23 ans. Il s'agit maintenant de l'arrêt clé concernant la formule du *payeur gardien*.

Plusieurs questions pratiques méritent d'être signalées ici :

- Il est important de déterminer clairement si le bénéficiaire d'une pension alimentaire pour époux verse ou non une pension alimentaire pour les enfants dont le payeur disposant du revenu le plus élevé a la responsabilité principale. Dans un nombre important de ces cas, les parties s'entendent pour qu'aucune pension alimentaire ne soit versée, ou que l'époux avec le revenu le plus élevé ne demande pas de pension alimentaire pour enfant. **Si aucune pension alimentaire n'est versée**, il devrait y avoir un ajustement, sans déduction du montant majoré de pension alimentaire pour enfant sur le revenu brut du bénéficiaire. Sans cet ajustement, la fourchette de pension alimentaire pour époux établie au moyen de la formule sera trop élevée.

- Dans certaines situations de *payeur gardien*, l'époux bénéficiaire qui n'a pas la garde principale des enfants continuera de jouer un rôle important dans leurs soins et leur éducation après la séparation. Dans les cas où le mariage est de courte durée et où l'enfant est jeune, la formule du *payeur gardien* peut ne pas générer une pension alimentaire pour époux suffisante pour permettre à son bénéficiaire de continuer à assumer ce rôle : voir *Mumford c. Mumford*, [2008] N.S.J. n° 138, 2008 NSSC 82. Grâce à **l'exception permettant au parent n'ayant pas la responsabilité première des enfants d'assumer son rôle parental**, selon cette formule, il est possible de faire une exception, à la fois pour la durée et pour le montant. Même si le parent souffre d'une quelconque invalidité, cette exception est fondée sur le rôle parental de l'époux et devrait être étudiée **en premier**, avant l'exception relative à la maladie ou à l'incapacité (VD 12.9).

- Dans de nombreuses situations, le bénéficiaire aura **une invalidité**, ce qui expliquera aussi son incapacité à assumer la responsabilité principale du soin des enfants. L'invalidité peut évidemment nuire au revenu du bénéficiaire et à sa capacité à atteindre l'indépendance économique. L'invalidité peut aussi avoir une incidence sur l'emplacement du montant et de

la durée à l'intérieur des fourchettes obtenues à l'aide de la formule du *payeur gardien* : *Puddifant c. Puddifant*, [2005] N.S.J. n° 558, 2005 NSSC 340. Enfin, Les Lignes directrices facultatives prévoient une **exception relative à la maladie ou l'invalidité** qui peut s'appliquer à la formule du *payeur gardien* dans les cas de mariages de courte durée. L'exception relative à l'invalidité entraînera parfois une durée plus longue que celle qui est prévue à l'extrémité supérieure de la fourchette selon cette formule et, dans certains cas, un montant se situant au-delà de l'extrémité supérieure de la fourchette.

f) La formule *pour les enfants majeurs* (VD 8.10)

La formule pour les enfants majeurs est une autre formule hybride, ajoutée après l'Ébauche de proposition, pour tenir compte des situations dans lesquelles une pension alimentaire pour un enfant majeur est établie en application de l'alinéa 3(2)*b*) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. En principe, il s'agit de situations dans lesquelles l'enfant fréquente un établissement d'études collégiales ou universitaires éloigné, contribue de manière appréciable à ses propres dépenses liées à ses études ou dispose d'autres ressources non parentales pour payer les dépenses liées à ses études. La pension alimentaire pour enfant sera déterminée en fonction de la méthode du budget et sera invariablement inférieure au montant prévu par les tables.

Pour une raison quelconque, la formule pour *enfant majeur* semble être la formule « oubliée » parmi les formules *avec pension alimentaire pour enfant*, souvent passée sous silence. Les avocats et les juges appliqueront soit la formule *sans pension alimentaire pour enfant* ou tenteront d'appliquer la formule de base *avec pension alimentaire pour enfant*, alors que ni l'une ni l'autre ne répond correctement aux questions soulevées dans ces cas.

- Cette formule pour les enfants majeurs ne s'applique que lorsque les pensions alimentaires versées **pour *tous* les autres enfants à charge** (un ou plus) sont déterminées aux termes de l'alinéa 3(2)*b*) des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Elle *ne s'applique pas* s'il existe un autre enfant à charge dont la pension alimentaire est déterminée au moyen des montants prévus par les tables.

- Lorsqu'on déduit la pension alimentaire pour enfant selon cette formule hybride, il utiliser un montant *majoré*, car il s'agit d'une formule s'appliquant au revenu brut. Si le montant de la pension alimentaire pour enfant n'est pas majoré, alors la fourchette de la pension alimentaire pour époux sera trop élevée, comme ce fut le cas dans *Buchanan c. Goldberg*, 2010 CarswellOnt 74, 2010 ONSC 268.

g) Questions concernant la durée (VD 8.5)

Toutes les ordonnances initiales dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* devraient être « illimitées (durée non précisée) », étant donné le fondement fortement compensatoire de la pension alimentaire pour époux dans ces cas. La seule exception vise la formule du *payeur gardien*, et même dans ce cas, il existe plusieurs cas de mariages de longue durée et d'époux non gardiens qui ont à une époque assumé une part disproportionnée de l'éducation des enfants. Les limites de durée selon la formule *avec pension alimentaire pour*

enfant sont décrites dans la version définitive comme étant plus « souples » et sont généralement fixées à la suite d'une révision ou d'une modification de l'ordonnance alimentaire.

Depuis la publication de la version définitive, il y a eu nombre déconcertant d'affaires selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* où un délai *initial* a été fixé. Les tribunaux ont eu tendance à sous-estimer la perte devant être compensée, soit l'importance du désavantage économique découlant du fait qu'un époux a assumé une part disproportionnée de l'éducation des enfants pendant le mariage et après la séparation. En examinant des affaires instruites en Colombie-Britannique, nous avons constaté un sérieux problème dans l'imposition injustifiée de délais selon cette formule dans le cas de mariages de différentes durées : Rogerson et Thompson, « Complex Issues Bring Us Back to Basics : The SSAG Year in Review in B.C. » (2009), 28 Can. F.L.Q. 263, p. 311 à 315. Le problème était plus épineux dans le cas de mariages de durée moyenne, entre 5 et 14 ans. Un problème similaire avec des délais trop courts est apparu dans la jurisprudence ontarienne : Thompson, « Following *Fisher* : Ontario Spousal Support Trends 2008-09 » (2009), 28 Can. F.L.Q. 241, p. 251 à 253. En Ontario, la tendance était d'imposer pour les mariages de courte durée un délai initial correspondant à peu près à la durée du mariage, ce qui donne trop de poids à la durée du mariage et trop peu à l'âge des enfants et aux obligations de l'époux en ayant la garde.

Nous avons révisé cette formule dans la version définitive pour y ajouter une fourchette de durées parce que nous craignions que certains avocats et juges puissent opter trop rapidement pour la partie inférieure de la fourchette, sans suffisamment reconnaître le fondement compensatoire de la pension alimentaire selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant*. Quatre points fondamentaux au sujet de la durée méritent d'être répétés :

- L'ordonnance initiale selon cette formule devrait être « illimitée (durée non précisée) ». Les délais ne devraient être fixés qu'au moment d'une modification ou révision de l'ordonnance.

- La formule *avec pension alimentaire pour enfant* est essentiellement compensatoire, ce qui signifie que la plupart des délais devraient se situer dans la partie supérieure de la fourchette, et non dans la partie inférieure.

- Dans le cas des mariages de courte durée, le fondement de la compensation n'est pas seulement le désavantage *passé* découlant du fait que l'époux a assumé une part disproportionnée de l'éducation des enfants (pendant une période relativement courte), mais surtout le désavantage *présent et futur* découlant de sa prise en charge de ces responsabilités.

- Ainsi, dans le cas de mariages de courte durée avec jeunes enfants, la durée du mariage est un très mauvais indicateur de l'importance du désavantage subi par l'époux bénéficiaire.

Pour une excellente analyse sur la durée selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, voir *Dabrowska c. Bragagnolo*, [2008] O.J. n° 3155, 2008 CarswellOnt 4763, 2008 ONCJ 360.

9 DÉTERMINER L'EMPLACEMENT À L'INTÉRIEUR DE LA FOURCHETTE

La véritable analyse des avocats et des juges débute par la détermination des fourchettes de montants et de durées selon les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux. Les fourchettes sont assez étendues, selon les deux formules, surtout si l'écart entre les revenus est important et le mariage, de longue durée. Trop souvent, le bénéficiaire demande un montant se situant dans la partie supérieure de la fourchette, l'avocat du payeur offre la partie inférieure, et le tribunal opte pour le milieu, le tout avec peu de motifs à l'appui.

Nos recensements les plus récents des décisions de première instance en Ontario et en Colombie-Britannique laissent effectivement voir une tendance à opter par « défaut » pour des montants de pension alimentaire pour époux se situant au milieu de la fourchette, ce qui devrait être évité. Dans le cas de la durée, on a moins tendance à opter par défaut pour le milieu de la fourchette, et davantage à expliquer le résultat.

Dans la version définitive on énumère une série de facteurs à considérer au moment de déterminer l'emplacement à l'intérieur des fourchettes, tant pour le montant que pour la durée, qu'il vaut la peine de répéter ici :

- la solidité de toute demande compensatoire;
- les besoins du bénéficiaire;
- l'âge, le nombre, les besoins et le niveau de vie des enfants;
- les besoins et la capacité de payer de l'époux payeur;
- les incitations au travail pour l'époux payeur;
- le partage des biens et des dettes;
- les mesures d'incitation à l'indépendance économique.

Il y a de bons exemples dans la jurisprudence où le tribunal a bien expliqué le choix de l'emplacement à l'intérieur de la fourchette. L'un des meilleurs exemples en appel serait la récente affaire de payeur gardien devant la Cour d'appel de l'Ontario : *Cassidy c. McNeil*, [2010] O.J. n° 1158, 2010 ONCA 218 (partie inférieure appropriée car l'époux demeure le parent gardien, le revenu de l'épouse est relativement élevé, pas de délai). Pour deux bonnes explications en première instance : *Shorey c. Shorey*, [2009] O.J. n° 5136, 2009 CarswellOnt 7514 (C.S.J.) (l'épouse travaille 3 jours/sem., pourrait gagner plus, quelques heures supplémentaires attribuées à l'époux qui est moins en mesure d'augmenter son revenu, milieu de la fourchette); ou *Cecutti c. Cecutti*, [2009] O.J. n° 580 (C.S.J.) (nombreux facteurs, partie inférieure de la fourchette).

Le fondement du droit aux aliments est parfois, mais pas assez souvent, pris explicitement en compte comme facteur pour déterminer l'emplacement : *Ross c. Ross*, [2010] B.C.J. n° 65, 2010 BCSC 52 (l'épouse a conservé ses compétences professionnelles durant le mariage, elle est en mesure de se trouver du travail à plein temps; la demande compensatoire est moins solide); *Barry c. Barry*, [2009] N.J. n° 70, 2009 NLUFC 13 (demande compensatoire plus solide, demande non compensatoire plus solide, partie inférieure de la fourchette).

Certains tribunaux ont à juste titre reconnu la relation entre la durée et le montant : *Cassidy c. McNeil*, [2010] O.J. n° 1158, 2010 ONCA 218 (montant accordé en première instance dans la partie supérieure de la fourchette, pas d'explication, pas de restructuration, délai incorrect, montant dans la partie inférieure de la fourchette); *Willi c. Chapple*, [2009] O.J. n° 3752 (C.S.J.) (courte durée, faible revenu estimé du payeur, montant dans la partie supérieure de la fourchette).

En Colombie-Britannique, un facteur au titre du « partage des biens » est régulièrement pris en compte pour déterminer le montant, à savoir s'il y a eu répartition des avoirs pour des motifs liés à la pension alimentaire pour époux en vertu des al. 65(1)*e*) et *f*) de la *Family Relations Act*. Cette répartition n'a généralement pas été assez importante pour justifier une exception (VD 12.6.1), mais elle a souvent été un facteur justifiant un montant se situant plus bas dans la fourchette que celui qui aurait été choisi.

Dans certains cas, les tribunaux ont signalé un facteur précis qui avait influencé l'emplacement à l'intérieur de la fourchette :

- Coûts d'accès élevés : *Gibson c. Gibson*, [2009] O.J. n° 4172 (coûts d'accès d'élevés après le déménagement de l'épouse de Thunder Bay à Elliot Lake, époux effectuant ses versements à crédit, partie inférieure de la fourchette); *Graham c. Wilson*, [2009] O.J. n° 1432, 2009 CarswellOnt 1866 (C.S.J.) (voyages pour accès durant de longues fins de semaine, partie inférieure de la fourchette); *Novlesky c. Novlesky*, [2009] B.C.J. n° 1956, 2009 BCSC 1328 (retour au Brésil de l'épouse, frais de déplacement élevés, partie inférieure de la fourchette); *Spikula c. Spikula*, [2008] O.J. n° 3931 (C.S.J.) (frais de garde partagée, partie inférieure de la fourchette).

- Incitations au travail : *Chapman c. Chapman*, [2010] O.J. n° (C.S.J.) (le revenu de l'époux varie selon son ardeur au travail, partie inférieure de la fourchette au titre de l'incitation au travail); *Savoie c. Savoie*, [2009] N.B.J. n° 138, 2009 NBQB 134 (moins que le milieu de la fourchette); *Lalonde c. Lalonde*, [2008] O.J. n° 4507, 2008 CarswellOnt 6710 (C.S.J.) (beaucoup d'heures supplémentaires incluses dans le revenu du payeur, partie inférieure de la fourchette).

- Faible estimation du revenu du payeur : *Willi c. Chapple*, [2009] O.J. n° 3752 (montant dans las partie supérieure de la fourchette).

- Frais médicaux élevés : *S.J.M. c. J.L.M.*, [2010] B.C.J. n° 178, 2010 BCSC 154 (frais médicaux, dentaires et de médicaments plus élevés de l'épouse après le divorce, extrémité supérieure de la fourchette).

Comme pour les exceptions, il s'agit d'une partie de l'analyse au titre des Lignes directrices facultatives qui a trop souvent été négligée ou minimisée jusqu'ici. Une interprétation plus subtile des Lignes directrices facultatives exige que l'on prenne le soin de choisir et de justifier le choix du montant et de la durée se situant à l'intérieur des fourchettes.

10 LA RESTRUCTURATION (CHAPITRE 10 DE LA VD)

La restructuration est une partie importante de la structure des Lignes directrices qui est souvent laissée de côté dans la pratique. Par conséquent, on perd un outil important de flexibilité qui permet d'ajuster le montant de la pension alimentaire pour tenir compte de chaque situation particulière tout en préservant les avantages de la structure et de la certitude qu'offrent les Lignes directrices.

Même si les formules génèrent des résultats distincts en ce qui concerne le montant et la durée, les Lignes directrices facultatives reconnaissent explicitement que l'on peut restructurer ces montants **en modulant le montant par rapport à la durée**, dans la mesure où le montant demeure dans les **fourchettes globales** générées par la formule (lorsque le montant est multiplié par la durée). Pour la effectuer une restructuration, il faut tenir compte de formules générant des valeurs ou des montants globaux qui peuvent être restructurés ou configurés de différentes façons, ce qui s'avère être un outil très pratique lors de la négociation d'un règlement à l'amiable.

La restructuration peut être utilisée de trois manières :

- pour **octroyer d'emblée un montant plus élevé**, supérieur à la fourchette établie au moyen de la formule, mais de durée plus courte; voir, par exemple, *Fisher c Fisher*, [2008] O.J. n°38, 2008 ONCA 11 et *McCulloch c. Bawtinheimer*, [2006] A.J. no 361 (Q.B.);

- pour **allonger la durée** au-delà de la fourchette établie au moyen de la formule et réduire le montant des mensualités;

- pour calculer une **somme forfaitaire** en combinant le montant et la durée.

Les **calculs** que suppose la restructuration peuvent être réalisés avec des degrés de complexité divers :

- Lorsqu'on calcule une somme forfaitaire, il est important de prendre en compte le traitement fiscal différent qui s'applique à ces sommes forfaitaires et aux versements périodiques, ce qui est souvent négligé. Ce serait une erreur de simplement convertir les versements périodiques des Lignes directrices facultatives en somme forfaitaire. Les versements périodiques sont présumés déductibles. Il faut réduire le total des versements périodiques pour tenir compte de la nature non déductible et non imposable de la somme forfaitaire. Parmi les affaires qui donnent de bons exemples de restructuration pour calculer un montant forfaitaire, il y a : *Smith c. Smith*, [2006] B.C.J. n°2920, 2006 BCSC 1655; *Martin c. Martin*, [2007] O.J. n° 467 (C.S.J.); *Roach c. Dutra*, [2009] B.C.J. n° 353, 2009 BCSC; *Fountain c. Fountain*, 2009 CarswellOnt 6342 (C.S.J.) et *Vanos c. Vanos*, [2009] O.J. n° 4217 (C.S.J.) (la Cour établit la moyenne des valeurs actuelles du montant forfaitaire pour l'époux et pour l'épouse).

- Des calculs plus complexes peuvent prendre en compte la valeur temporelle de l'argent ou les divers aléas futurs qui peuvent avoir une incidence sur la valeur des pensions alimentaires versées sur une longue période. Voir par exemple *Raymond c. Raymond*, [2009] O.J. n° 5294 (C.S.J.) (même si le montant de la réduction semble un peu élevé) et *Durakovic c. Durakovic*,

[2008] O.J. n° 3537. Toutefois, une actualisation pour tenir compte de la valeur temporelle peut ne pas être nécessaire si la durée est courte : voir *Arnold c. Arnold,* [2009] B.C.J. n° 1999, 2009 BCSC 1384.

- Des logiciels peuvent aider à effectuer les calculs requis par la restructuration. Même avec ces logiciels, la restructuration implique inévitablement une certaine part de supposition. Mais il s'agit là d'une façon de faire bien connue des avocats en droit de la famille qui procèdent souvent à des rajustements du montant en fonction de la durée dans le cadre de négociations en vue d'un règlement à l'amiable.

Quand faut-il songer à la restructuration?

En pratique, la restructuration a souvent été laissée de côté. Nous voulons signaler ici différents types de situations, selon les deux formules, où elle devrait être envisagée.

a) La restructuration selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant*

La restructuration sera principalement appliquée dans les cas régis par la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. La modulation du montant par rapport à la durée exige que la pension alimentaire ait une durée fixe. En conséquence, il y aura lieu de recourir à la restructuration uniquement dans les cas où la formule produit des délais plutôt qu'une pension alimentaire illimitée (durée non précisée). En particulier, on envisagera de recourir à la restructuration dans les situations suivantes :

- Les mariages de courtes ou de moyenne durée dans lesquels le montant généré par la formule semble bas comparativement aux montants actuels, qui visent généralement à fournir une période de transition permettant de conserver un niveau de vie quelque peu similaire à celui du couple au cours du mariage. Dans ces circonstances, la restructuration peut être utilisée pour octroyer d'emblée un montant supérieur, en réduisant la durée. Pour de bons exemples, voir *Fisher c. Fisher,* [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11 et *McCulloch c. Bawtinheimer,* [2006] A.J. n° 361 (Q.B.). Dans le cas des mariages de courte durée, le versement d'un montant forfaitaire peut être approprié pour faciliter une rupture nette; voir *Arnold c. Arnold,* [2009] B.C.J. n° 1999, 2009 BCSC 1384.

- L'invalidité à long terme après un mariage de durée moyenne. Dans une telle situation, la restructuration peut être employée pour réduire le montant accordé à un supplément de revenu plus modeste mais versé sur une plus longue période; voir *Bockhold c. Bockhold,* [2010] B.C.J. n° 282, 2010 BCSC 214 (durée illimitée plutôt que fixée à 17 ans, montant en-deçà de l'extrémité inférieure de la fourchette des Lignes directrices facultatives mais revenu également supérieur au plafond.)

- Les mariages plus longs où la formule produit des délais plutôt qu'une pension alimentaire illimitée comme le veut la pratique actuelle, comme par exemple dans les cas des mariages ayant duré entre 15 et 20 ans. De telles situations peuvent au départ concerner des enfants à charge qui sont « passés » à cette formule après être devenus indépendants. Dans cette situation, la restructuration peut être utilisée pour choisir un montant de pension alimentaire

qui se situe dans la partie inférieure de la fourchette, voire même en deçà de l'extrémité inférieure de celle-ci; voir par exemple *Domirti c. Domirti*, 2009 BCSC 749 (même s'il n'y a pas de référence explicite à la restructuration) et *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 282, 2010 BCSC 214 (invalidité et incapacité de devenir autonome justifiant la prolongation de la durée au-delà de 17 ans).

b) La restructuration selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant*

En général, le mécanisme de restructuration est moins pertinent pour les mariages avec des enfants à charge. Le caractère illimité des pensions alimentaires calculées au moyen de cette formule et l'absence de délais fermes rendent la restructuration plus incertaine. De même, en présence de trois enfants ou plus, la capacité du payeur sera plus limitée, empêchant ainsi la possibilité d'attribuer d'emblée un montant plus élevé ou un montant forfaitaire. Cependant, l'ajout d'une extrémité inférieure à la fourchette de durées établie selon cette formule dans la version définitive permet une souplesse accrue dans les négociations au sujet de la durée, ce qui crée des conditions propices à la restructuration dans certains types de situations.

- Les situations les plus propices à l'attribution d'emblée d'un montant plus élevé ou à l'attribution d'un montant forfaitaire dans le cadre de la formule de base *avec pension alimentaire pour enfant* seront celles où le bénéficiaire souhaite obtenir un montant de pension alimentaire pour époux qui dépasse le montant de l'extrémité supérieure de la fourchette au cours d'une période de temps plus courte, pour poursuivre un programme de formation coûteux, par exemple, ou souhaite obtenir un montant forfaitaire pour se loger; voir *Card c. Card*, [2009] B.C.J. n° 1283, 2009 BCSC 865). Il s'agira bien souvent de mariages de courte durée. Dans certains, on peut souhaiter obtenir un montant forfaitaire parce qu'on craint que la pension alimentaire pour époux ne sera pas versée; voir *Venco c. Lie*, [2009] B.C.J. n° 1240, 2009 BCSC 831 (modeste versement mensuel de pension alimentaire combiné à des antécédents de non-paiement).

- Pour qu'un montant supérieur soit attribué, les situations suivantes sont celles qui se prêtent le mieux à un tel versement, étant donné qu'elles témoignent d'une capacité accrue de payer :

  - un seul enfant;
  - garde partagée;
  - deux enfants, aucune dépense au titre de l'article 7 et revenus plus élevés;
  - revenus plus élevés en général;
  - modeste versement mensuel de pension alimentaire pour époux et mariage de courte durée (voir *Venco c. Lie*, ci-dessus, et *Abuzokkar c. Farag*, [2009] O.J. n° 2915 (C.S.J.).

- Pour convertir des versements périodiques en un montant forfaitaire, il faudra bien sûr que le payeur dispose de ressources lui permettant de verser un tel montant.

c) La restructuration selon la formule du *payeur gardien*

La formule du *payeur gardien* s'applique aux situations où il y a des enfants à charge mais où le bénéficiaire n'est pas le parent qui en a la garde. Il s'agit d'une version modifiée de la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. L'adoption des mêmes fourchettes de durées que la formule *sans pension alimentaire pour enfant* signifie que l'on aura recours à la restructuration dans le cadre de cette formule de la même façon que l'on y recourt avec la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. Voir *Martin c. Martin*, [2007] O.J. n° 467.

11 LES PLAFONDS ET LES PLANCHERS

Le « plafond » et le « plancher » déterminent les limites supérieures et inférieures des affaires « types » pour lesquelles on peut utiliser les formules. Au-delà du plafond et en-deçà du plancher, on ne peut employer les formules seules, il faut apporter des ajustements, comme pour les « exceptions ». Comme on pouvait s'y attendre, il y a beaucoup plus de décisions et de discussions concernant les revenus supérieurs à 350 000 $, alors nous aborderons les affaires se situant en-deçà du plancher d'abord et les nombreuses affaires au-delà du plafond ensuite.

a) Le plancher, revenu du payeur inférieur à 20 000 $ ou à 30 000 $ (VD 11.2, 11.4)

Dans la version définitive, le « plancher » de 20 000 $ est maintenu, à savoir le revenu annuel brut du payeur en deçà duquel aucune pension alimentaire n'est généralement versée. Il peut y avoir des cas exceptionnels dans lesquels le payeur a un revenu inférieur à 20 000 $ où une pension alimentaire pour époux est parfois versée. Pour le payeur dont le revenu se situe entre 20 000 $ et 30 000 $, il existe des préoccupations quant à sa capacité de payer et aux incitations au travail qui peuvent justifier que l'on aille en-deçà des fourchettes. Depuis la publication de l'Ébauche de proposition, il y a eu un consensus général selon lequel ces planchers étaient raisonnables.

- Dans l'arrêt-clé sur les **montants inférieurs au plancher**, la Cour suprême de l'Île-du Prince-Édouard n'a pas rendu d'ordonnance de pension alimentaire pour époux dans le cas d'un payeur, l'épouse dans ce cas-ci, qui avait un revenu de 18 557 $, bien que son mari handicapé ait eu un revenu encore moins élevé (13 525 $) : *A.M.R. c. B.E.R.*, [2005] P.E.I.J. n° 83, 2005 PESCTD 62. Dans la plupart des cas, toutefois, le tribunal n'a pas fait référence au plancher : *Moores c. Moores*, 2009 CarswellNfld 334, 2009 NLUFC 39 (deux époux invalides, époux payeur reçoit 14 700 $, incapacité de payer); *Scheiris c. Scheiris*, [2009] O.J. n° 3795 (C.S.J.) (revenu de pension du payeur 10 000 $, de l'épouse 3600 $, pas de pension alimentaire); *Bains c. Bains*, 2008 CarswellAlta 628, 2008 ABQB 271 (un chauffeur de taxi gagnant 17 918 $ par année qui versait une pension alimentaire pour enfant).

- Dans le cas de mariages de très longue durée, dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, les tribunaux trouveront une **exception inférieure au plancher** dans le cas où l'épouse n'a aucun revenu, comme cela a été le cas dans la décision *M.(W.M.) c. M.(H.S.)*, 2007 CarswellBC 2667, 2007 BCSC 1629; et *Pratt c. Pratt*, [2008] N.B.J. n° 85, 2008 NBQB 94 (mais l'épouse recevait des prestations d'aide sociale et ne recevait que 300 $ par mois au titre de la pension alimentaire).

- Dans le cas de payeurs gagnant entre **20 000 $ et 30 000 $**, les tribunaux ont généralement accordé des montants de pension alimentaire inférieurs à l'extrémité inférieure de la fourchette, après avoir explicitement envisagé cette « exception » : *Gustafson c. Gustafson*, [2010] M.J. n° 12, 2010 MBQB 10; *Kajorinne c. Kajorinne*, [2008] O.J. n° 2789, 2008 CarswellOnt 4229 (C.S.J.); *Serpa c. Yueping*, [2007] B.C.J. n° 1733, 2007 CarswellBC 1795, 2007 BCSC 1181 (pas de droit aux aliments); *Maitland c. Maitland*, [2005] O.J. n° 2252 (C.S.J. Ont.); *Snowden c. Snowden*, [2006] B.C.J. n° 1187 (C.S. C.-B.).

- Dans deux affaires où la formule *avec pension alimentaire pour enfant* a été utilisée, dans le cas de faibles revenus, le tribunal a ordonné aux payeurs de verser de petits montants de pension alimentaire pour époux même si la fourchette obtenue était de zéro : *H.P. c. D.P.*, [2006] N.S.J. n° 511, 2006 CarswellNS 560 (C. fam.) (175 $ par mois, pension alimentaire versée jusqu'à ce que la maison soit vendue, plutôt que de faire des contributions au titre des dépenses prévues à l'article 7); *Skirten c. Lengyel*, [2007] O.J. n° 679 (C.S. Ont.) (l'époux « devrait payer quelque chose », 50 $ par mois). Il s'agit toutefois de « situations marginales ».

b) Le revenu du payeur supérieur au plafond de 350 000 $ (VD 1.1, 11.3)

Ces situations sont peu nombreuses, mais elles sont surreprésentées dans les décisions judiciaires, en partie en raison des montants importants en jeu, mais aussi en partie parce qu'elles sondent les limites extrêmes de notre réflexion au sujet des pensions alimentaires pour époux. Un certain nombre de ces affaires se sont rendues devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ces dernières années : Rogerson et Thompson, « Complex Issues Bring Us Back to Basics : The SSAG Year in Review in B.C. » (2009), 28 Can. F.L.Q. 263, p. 283 à 286.

- Le plafond **n'est pas absolu ou rigide**, puisque la pension alimentaire pour époux peut augmenter et augmente généralement pour les payeurs dont le revenu est supérieur à 350 000 $: *Smith c. Smith*, [2008] B.C.J. n° 1068, 2008 BCCA 245 et *Denofrio c. Denofrio*, [2009] O.J. n° 3295, 2009 CarswellOnt 4601 (C.S.J.).

- Les formules ne doivent pas **s'appliquer automatiquement** au-delà du plafond, bien que les formules puissent constituer la méthode appropriée pour déterminer la pension alimentaire pour époux, selon les faits d'une situation donnée. Pour des cas dans lesquels les formules semblent avoir été appliquées de manière automatique, voir *E.(Y.J.) c. R.(Y.N.)*, 2007 CarswellBC 782, 2007 BCSC 509; ou *Teja c. Dhanda*, [2007] B.C.J. n° 1853, 2007 BCSC 1247. Pour un cas où la formule a été adaptée à une situation particulière, voir *J.K.S. c. H.G.S.*, [2006] B.C.J. n° 2051, 2006 BCSC 1356. Dans sa décision la plus soignée concernant des revenus élevés, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tenu compte des fourchettes établies par les formules et des différentes approches à l'égard de ces situations « au-delà du plafond » : *Loesch c. Walji*, [2008] B.C.J. n° 897, 2008 BCCA 214. Dans quatre autres décisions, la Cour a fourni moins d'orientations : *Bell c. Bell*, [2009] B.C.J. n° 1201, 2009 BCCA 280; *James c. James*, [2009] B.C.J. n° 1151, 2009 BCCA 261; *Teja c. Dhanda*, [2009] B.C.J. n° 928, 2009 BCCA 198 et *Smith c. Smith*, [2008] B.C.J. n° 1068, 2008 BCCA 245.

- Au-delà du plafond, les affaires de pension alimentaire pour époux doivent être soumises à **une analyse factuelle particulière à chaque cas**. La plupart du temps, le calcul des fourchettes fait partie du processus de prise de décision; voir p. ex., *C.L.M. c. R.A.M.*, [2008] B.C.J. n° 608, 2008 BCSC 217; *O.(S.) c. O.(C.S.)*, 2008 CarswellBC 444, 2008 BCSC 283; ou *Milton c. Milton*, [2008] N.B.J. n° 467, 2008 NBCA 87, confirmant [2007] N.B.J. n° 414, 2007 NBQB 363 cause dans laquelle le revenu de l'époux était bien supérieur au plafond (1,6 million $); une approche entièrement discrétionnaire a été adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Loesch c. Walji*, [2008] B.C.J. 897, 2008 BCCA 214. Voir

aussi *Dobbin c. Dobbin*, [2009] N.J. n° 52, 2009 NLUFC 11 (1,5 million $) et *Dyck c. Dyck*, [2009] M.J. n° 139, 2009 MBQB 112 (3 millions $).

- Lorsque le revenu du payeur se situe près du plafond, les fourchettes des formules seront souvent utilisées pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux, p. ex. *Hosseini c. Kazemi*, [2009] B.C.J. n° 743, 2009 BCSC 502 (revenu de 351 649 $) ou *Abelson c. Mitra*, [2008] B.C.J. n° 1672, 2008 BCSC 1197 (revenu de 355 000 $). À mesure que le revenu du payeur s'élève de plus en plus au-delà du plafond, les tribunaux commencent à s'écarter des fourchettes.

- Beaucoup trop souvent, dans ces situations de revenus élevés, les avocats et les juges omettent complètement les fourchettes établies par les formules des Lignes directrices facultatives en arrivant à leurs conclusions. Des fourchettes peuvent être calculées pour différents niveaux de revenu hypothétiques, de 350 000 $ et plus, pour aider à cerner l'éventail beaucoup plus large de résultats possibles et pour jeter un éclairage utile dans la détermination du montant élevé approprié. Pour des exemples, voir Rogerson et Thompson, « Complex Issues in B.C. », ci-dessus.

- Dans certains cas de revenus élevés où l'on a utilisé la formule *avec pension alimentaire pour enfant*, les tribunaux ont calculé les montants figurant aux tables de pensions alimentaires pour enfants en utilisant l'intégralité du revenu du payeur et ont ensuite calculé, aux fins de la pension alimentaire pour époux, la fourchette en utilisant un revenu brut du payeur de 350 000 $: *J.W.J.McC. c. T.E.R.*, [2007] B.C.J. n° 358, 2007 BCSC 252; et *J.E.B. c. G.B.*, [2008] B.C.J. n° 758, 2008 BCSC 528 (Protonotaire). À noter que si l'on fait ce calcul hypothétique pour établir la fourchette de la pension alimentaire pour époux, il est très important d'utiliser également le montant de la pension alimentaire pour enfant approprié pour un revenu de 350 000 $, et non le montant de pension alimentaire pour enfant le plus élevé (une erreur commise malgré l'analyse par ailleurs soignée dans *Dickson c. Dickson*, [2009] M.J. n° 374, 2009 CarswellMan 515, 2009 MBQB 274).

12 LES EXCEPTIONS (CHAPITRE 12 DE LA VD)

Dans l'Ébauche de proposition, des « exceptions » et des catégories de dérogation par rapport aux fourchettes de montants et de durées calculées au moyen des formules ont été énoncées. Les exceptions constituent la dernière étape de l'analyse selon les Lignes directrices. Premièrement on peut utiliser la situation à l'intérieur d'une fourchette pour tenir compte des facteurs qui constituent le fondement des exceptions. Deuxièmement, la restructuration offre un moyen supplémentaire d'augmenter le montant et la durée au-dessus des fourchettes ou de les diminuer en dessous de celles-ci, tout en préservant l'uniformité et la prévisibilité des Lignes directrices facultatives. Les exceptions ne devraient être invoquées que lorsque *aucun* de ces deux moyens ne peut apporter une solution satisfaisante au regard des faits inhabituels d'un cas particulier.

Six exceptions ont été énumérées dans l'Ébauche de proposition et nous en avons ajouté cinq autres dans la version définitive. Nous avons également apporté des améliorations aux exceptions existantes. Un certain nombre des nouvelles exceptions ont déjà été mentionnées ci-dessus dans les sections portant sur les formules.

Aujourd'hui encore, plus de cinq ans après la publication de l'Ébauche de proposition et près de deux ans après la publication de la version définitive, il reste surprenant de constater à quel point les avocats et les juges omettent de prendre en compte ces exceptions. Cela demeure l'un des grands mystères des Lignes directrices facultatives non résolus à ce jour. Les avocats et les juges jettent simplement un coup d'œil sur les fourchettes établies par les formules ordinaires, et s'ils n'aiment les chiffres, ils disent que les Lignes directrices facultatives sont « peu utiles » et s'en remettent aux budgets, aux revenus nets, ou à la pure discrétion, pour arriver à un résultat.

Comment un avocat, un médiateur ou un juge peut-il déterminer que l'une des « exceptions » est en cause?

- Si les fourchettes de montants et de durées calculées au moyen des formules ne semblent pas convenir, il faut alors envisager les **exceptions**. Si le montant semble trop élevé ou trop bas, ou la durée trop courte, c'est généralement parce qu'une exception s'applique. Pour les bénéficiaires, les exceptions justifieront parfois de déterminer une pension alimentaire *supérieure* aux fourchettes de montants et de durées. À l'inverse**,** pour les payeurs, les exceptions justifieront parfois que l'on établisse une pension alimentaire *inférieure* à ces fourchettes**.**

- Si l'une des parties aime vraiment beaucoup les fourchettes établies au moyen des formules, c'est peut-être un autre indice qu'une exception s'applique. Par exemple, dans le cas d'un mariage de courte durée, le payeur aimera le montant limité de pension alimentaire généré par la formule *sans pension alimentaire pour enfant*, mais c'est peut-être une situation où s'applique l'exception compensatoire pour un mariage de courte durée, ou celle au titre de la maladie et de l'invalidité, ou encore celle ayant trait aux besoins essentiels/difficultés. Il reviendra à l'avocat de la partie adverse d'examiner la liste des exceptions et de plaider celle qui s'applique.

a) La situation financière difficile pendant la période provisoire (VD 12.1)

Cette exception a discutée plus haut sous la rubrique « Demande d'ordonnance provisoire ». Elle devrait être l'une des exceptions le plus souvent utilisée, toujours à envisager lors d'une demande de pension alimentaire provisoire.

b) Le remboursement des dettes (VD 12.2)

Dans la plupart des cas, les dettes conjugales sont adéquatement prises en compte lors du partage des biens. Ce n'est que lorsque le passif est supérieur à l'actif que l'attribution du remboursement des dettes pourra avoir une incidence sur la capacité de payer. Là-encore, la plupart des remboursements de dettes peuvent être pris en compte comme facteur influençant l'emplacement du montant à l'intérieur des fourchettes. Dans la version définitive, les limites de cette exception ont été mieux définies :

- le total des dettes familiales doit dépasser le total de l'actif familial, ou les dettes du payeur doivent dépasser ses avoirs; les dettes en question doivent être des « dettes familiales »; les remboursements doivent être « excessivement ou inhabituellement élevés ».

Il y a relativement peu de décisions publiées qui portent sur l'exception relative aux dettes. Seules deux d'entre elles traitent ouvertement de l'exception : *Marche c. Marche*, [2009] N.J. n° 54, 2009 NLTD 31 (C.S. 1ère inst.) et *Van Wieren c. Van Wieren*, [2008] B.C.J. n° 26, 2008 BCSC 31. Les autres vont en-dessous des fourchettes de montants, mais sans évoquer de manière explicite l'exception : *Munro c. Munro*, [2006] B.C.J. n° 3069, 2006 BCSC 1758; *A.C. c. C.G.*, [2006] B.C.J. n° 1157 (C. prov.); *Frouws c. Frouws*, [2007] B.C.J. n° 282, 2007 BCSC 195; *M.P. c. S.F.*, [2006] B.C.J. n° 1344, 2006 BCPC 289.

Dans certaines situations, le tribunal traitera le paiement d'égalisation échelonné d'un des époux, ou les remboursements de prêt pour ce paiement, comme une « dette », pour justifier un montant de pension alimentaire pour époux inférieur à ceux de la fourchette, mais cela est incorrect : voir p. ex. *Wright c. Wright*, [2008] O.J. n° 3118 (C.S.J.) (pension alimentaire pour époux réduite bien en-deçà de la fourchette pour tenir compte de paiements d'égalisation à même des revenus d'entreprise). Dans une telle situation, l'époux qui verse des paiements d'égalisation a par définition des avoirs excédant le montant des paiements d'égalisation, et n'est donc pas visé par cette exception.

Il y a un chevauchement entre cette exception et l'exception précédente relative à la situation financière difficile pendant la période provisoire. La « situation financière difficile » la plus fréquente pour l'application de cette exception provisoire est souvent attribuable au remboursement du prêt hypothécaire ou d'autres dettes avant le procès ou avant la vente de la maison. Il faut appliquer l'exception provisoire dans de telles situations, et appliquer l'exception relative au remboursement des dettes à une étape ultérieure.

c) Les obligations alimentaires antérieures (VD 12.3)

Cette exception n'est souvent pas mentionnée, en partie parce qu'il s'agit d'un simple ajustement mathématique effectué par le logiciel dès que l'information est saisie.

Il s'agira habituellement d'une obligation antérieure de pension alimentaire pour enfant : *Lickfold c. Robichaud*, 2008 CarswellOnt 6138 (C.S.J.) (pas de pension alimentaire pour époux). Mais il se peut à l'occasion qu'il s'agisse d'une obligation antérieure de pension alimentaire pour époux : *Robertson c. Williams*, [2009] O.J. n° 5451 (C.S.J.).

Il arrive que l'ajustement pour l'obligation alimentaire antérieure ne soit pas fait, de sorte que le montant de la pension alimentaire pour époux est fixé bien au-delà de la bonne fourchette, p. ex. *De Haney c. De Haney*, [2009] O.J. n° 1569 (C.S.J.); *Czupiel c. Czupiel*, 2008 CarswellOnt 6969 (C.S.J.); *Dickinson c. Dickinson*, 2008 CarswellOnt 6788 (C.S.J.); ou *MacNutt c. MacNutt*, [2008] B.C.J. n° 1831, 2008 BCSC 1290.

Dans la version définitive, nous avons apporté une amélioration à cette exception, qu'il y a lieu de noter. Dans la plupart des cas, c'est l'époux payeur qui aura à verser une pension alimentaire pour enfant ou pour époux antérieure. Mais il peut aussi avoir la responsabilité d'un autre enfant, un enfant qui n'est pas « issu du mariage ».Dans cette situation, on peut déterminer un montant théorique de pension alimentaire pour enfant, et l'utiliser aux fins de l'ajustement (VD 12.3.3).

Même si cela peut paraître évident, les « nouvelles familles » ou « les enfants subséquents » ne sont PAS comprises dans cette exception. L'exception relative à l'obligation alimentaire antérieure traduit le principe général voulant que « la première famille vient en premier », surtout lorsqu'il y a une obligation antérieure de pension alimentaire pour enfant. Mais il n'y a pas de tel consensus au sujet des obligations alimentaires envers un nouvel époux ou les enfants issus de la nouvelle union, et c'est ce qui explique l'approche discrétionnaire adoptée dans ces cas, discutée ci-dessous sous la rubrique « Modification et révision ».

Il y a une affaire récente qui soulève la possibilité de s'écarter des fourchettes établies par les formules dans laquelle le payeur subvenait depuis longtemps, à même ses revenus, aux besoins de ses parents qui prenaient soin des enfants : *Wang c. Seow*, [2008] M.J. n° 295, 2008 MBQB 218. Il s'agissait d'un mariage de courte durée, et il pouvait être plaidé que le mari avait une « obligation alimentaire antérieure » envers ses parents. Comme la liste des exceptions prévues aux Lignes directrices facultatives n'est pas exhaustive, il se peut que, selon les faits de l'espèce, il y ait des situations où une obligation alimentaire envers d'autres membres de la famille soit reconnue.

d) La maladie et l'invalidité (VD12.4)

Dans un nombre démesuré d'affaires présentées devant les tribunaux, l'époux bénéficiaire souffre d'une maladie ou d'invalidité, puisqu'il s'agit de cas qui se règlent difficilement à l'amiable. Les cas les plus particulièrement difficiles sont ceux qui comprennent une maladie ou une invalidité permanente après un mariage de courte ou de moyenne durée. Le droit dans ce type de situations est particulièrement incertain et confus à certains moments, tant et si bien que les tribunaux ne semblent pas adopter une démarche cohérente. La Cour suprême du Canada a

abordé certaines de ces préoccupations dans l'arrêt *Bracklow*, mais nous voyons les effets de son manque d'orientation dans ces affaires. Dans l'Ébauche de proposition, nous reconnaissions la maladie et l'invalidité comme constituant une exception, mais même la portée et l'application de cette exception demeurent difficiles à intégrer dans le droit actuel.

Aux termes des Lignes directrices facultatives, la plupart de ces situations seront traitées au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfant* ou de la formule du *payeur gardien*. Ces formules produisent des fourchettes de montants et de durées qui semblent certainement « trop bas » ou « trop courtes » du point de vue des bénéficiaires. Les payeurs voudront quant à eux contester les fourchettes principalement en vue de limiter la période de versement de la pension alimentaire pour époux dans le cas de mariages de courte ou de moyenne durée.

On peut dégager de la jurisprudence trois démarches utilisées dans les situations d'invalidité, les deux premières étant les plus fréquentes :

- **Montant plus élevé, durée plus longue :** plusieurs tribunaux répondent aux besoins accrus dans les situations d'invalidité en augmentant le montant *et* en prolongeant la durée de la pension alimentaire : *Rhynold c. Rhynold*, [2009] O.J. n° 4339 (C.S.J.); *van Rythoven c. van Rythoven*, [2009] O.J. n° 3648 (C.S.J.); *Steele c. Steele*, [2009] O.J. n° 2062 (C.S.J.); *Shaw c. Shaw*, [2009] N.S.J. n° 559, 2009 NSSC 353; *Smith c. Smith*, 2008 CarswellOnt 1921 (C.S.J. Ont.); *Lepp c. Lepp*, [2008] B.C.J. n° 640, 2008 CarswellBC 717, 2008 BCSC 448; *Mumford c. Mumford*, [2008] N.S.J. n° 138, 2008 NSSC 82; *Pegler c. Avio*, 2008 CarswellBC 169, 2008 BCSC 128; *Wilson c. Marchand*, [2007] O.J. n° 3738, 2007 ONCJ 408 (durée limitée, mais toujours au-delà de la fourchette); *Peterson c. Peterson*, [2007] S.J. n° 474, 2007 SKQB 316; *Bramhill c. Dick*, [2007] B.C.J. n° 387, 2007 BCSC 262; *Eng c. Eng*, [2006] B.C.J. n° 2044, 2006 BCSC 1353.

- **Aucune exception :** Selon un nombre légèrement plus petit de décisions, les situations d'invalidité devraient être réglées à l'intérieur des fourchettes établies par les formules, tant pour le montant que pour la durée. En effet, ces tribunaux ne reconnaissent pas d'exception au titre de l'invalidité. Le principal exemple serait la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Shellito c. Bensimhon*, 2008 CarswellBC 469, 2008 BCCA 68, qui a fixé un délai et un montant global plus élevé que le montant des fourchettes des Lignes directrices, mais pas beaucoup plus élevé que le maximum. Voir aussi les décisions de première instance suivantes : *Barton c. Sauvé*, [2010] O.J. n° 1008, 2010 ONSC 1072; *Haggerty c. Haggerty*, [2010] N.S.J. n° 5, 2010 NSSC 9; *T.J.M. c. C.R.M.*, [2009] B.C.J. n° 1642, 2009 BCSC 1122 (montant au-delà de la fourchette, mais durée légèrement inférieure au maximum); *McFadden c. Sprague*, [2009] O.J. n° 258, 2009 CarswellOnt 294 (C.S.J.); *Rayvals c. Rayvals*, [2008] B.C.J. n° 233, 2008 BCSC 176; *Williston c. Williston*, [2006] B.C.J. n° 3248, 2006 BCSC 1869; *Wise c. Wise*, [2006] B.C.J. n° 1143, 2006 BCSC 945; *Puddifant c. Puddifant*, [2005] N.S.J. n° 558, 2005 NSSC 340. Pour une rare affaire comportant un délai et un montant se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette, voir *Wilson c. Wilson*, [2009] B.C.J. n° 1584, 2009 BCSC 1021.

- **Montant moins élevé, durée plus longue :** Certains tribunaux prolongeront la durée du versement de la pension alimentaire pour époux, qui peut être « illimitée », tout en maintenant le montant à l'intérieur de la fourchette, souvent à l'extrémité ou près de

l'extrémité inférieure e la fourchette : *Campbell c. Campbell*, [2009] B.C.J. n° 1944, 2009 BCSC 1330; *Munro c. Munro*, [2006] B.C.J. n° 3069, 2006 BCSC 1758.

Tant que les tribunaux d'appel n'auront pas fourni de nouvelles orientations, le traitement des situations de maladie et d'invalidité continuera d'être divergeant d'un cas à l'autre.

e) L'exception compensatoire dans le cas de mariages de courte durée sans enfant (VD 12.5)

Les fourchettes établies par la formule *sans pension alimentaire pour enfant* dépendent de la durée du mariage et de l'écart entre les revenus bruts. Pour les mariages de courte durée, il est présumé dans les formules que le seul fondement de la pension alimentaire pour époux est non compensatoire, ce qui donne ensuite lieu à l'octroi d'une pension alimentaire pour une brève période de transition. S'il y a une demande compensatoire dans une situation de mariage de courte durée, il faut appliquer une exception pour générer une pension alimentaire pour époux dont le montant peut être plus élevé et la durée plus longue.

Il y a généralement trois situations, mais ce ne sont pas les seules, où une demande compensatoire peut être faite dans le cas d'un mariage de courte durée sans enfant.

- L'époux bénéficiaire a dû quitter son emploi ou compromettre sa carrière pour déménager avec l'époux payeur. On trouve une excellente analyse d'une situation où cette exception a été appliquée dans *Beardsall c. Dubois*, [2009] O.J. n° 416, 2009 CarswellOnt 559 (C.S.J.) (l'épouse a quitté son emploi pour déménager à London avec son mari).

- L'époux bénéficiaire déménage pour se marier, abandonnant pour ce faire son emploi ou sa carrière, comme ce fut le cas dans *Ahn c. Ahn*, [2007] B.C.J. n° 1702, 2007 BCSC 1148 ou *Fuller c. Matthews*, [2007] B.C.J. n° 656, 2007 BCSC 444. Mais il n'y a eu aucune mention de cette exception dans une affaire récente de *payeur gardien*, où le mari avait abandonné sa carrière pour se marier et déménager à Vancouver : R.M.S. *c. F.P.C.S.*, [2009] B.C.J. n° 1925, 2009 BCSC 1323 (le mari assumait aussi une grande part du soin des enfants, un autre fondement compensatoire pour la pension alimentaire).

- L'époux bénéficiaire peut travailler pour financer les études de l'autre, mais le couple se sépare avant que l'époux bénéficiaire ait pu profiter des avantages de la capacité accrue de gagner un revenu de l'époux payeur.

f) Le partage des biens : la répartition des avoirs (C.-B.), (VD 12.6.1)

Après la publication de l'Ébauche de proposition, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont confirmé l'existence d'une exception aux pensions alimentaires pour époux dans les affaires dans lesquelles une ordonnance de répartition des avoirs suffisamment importante a été rendue en application des dispositions relatives aux biens de la *Family Relations Act : Tedham c. Tedham*, [2005] B.C.J. n° 2186, 2005 BCCA 502, 20 R.F.L. (6th) 217; *Narayan c. Narayan*, [2006] B.C.J. n° 3178, 2006 BCCA 561, 34 R.F.L. (6th) 272. « **Seulement en Colombie-Britannique,** vous dites, quel dommage… », pour paraphraser l'ancienne publicité pour le thé *Red Rose.* Cela

s'explique par le fait que seule la Colombie-Britannique dispose, dans son droit des biens, d'un régime autorisant la répartition des biens ou leur partage inégal fondé sur la pension alimentaire pour époux.

En pratique, cette exception a été appliquée dans un très petit nombre de cas en Colombie-Britannique. Ce qui fait le plus souvent l'objet d'une répartition, c'est la valeur nette du foyer conjugal, et cette répartition n'est pas suffisamment importante pour justifier que l'on s'écarte des fourchettes établies par les formules. Dans notre recensement le plus récent de la jurisprudence en Colombie-Britannique, nous n'avons trouvé aucune répartition des avoirs qui produisait un résultat se situant à l'extérieur des fourchettes : Rogerson et Thompson, « Complex Issues Bring Us Back to Basics : The SSAG Year in Review in B.C. » (2009), 28 Can. F.L.Q. 263, p. 297-298 et 308-309 (13 affaires, dont un cas aberrant inférieur à la fourchette). Cette situation s'est maintenue jusqu'à ce jour.

Dans une affaire portée en appel en Colombie-Britannique, la répartition du produit de la vente de la maison était le seul remède pratique, le mari étant incapable de verser une pension alimentaire pour époux : *Young c. Young*, [2009] B.C.J. n° 2636, 2009 BCCA 518 (le mari gagnait 65 000 $, la formule *sans pension alimentaire pour enfant* générait une fourchette près de zéro, calculs bruts par le tribunal de la fourchette selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* pour rejeter l'argument du mari selon lequel la répartition était disproportionnée). Dans une décision de première instance concernant une relation de courte durée, la Cour a conclu à l'absence de droit aux aliments après la répartition des avoirs en faveur de l'époux : *C.J.D. c. J.H.E.*, [2009] B.C.J. n° 1716, 2009 BCSC 1168.

Dans la majorité des cas, lorsque la répartition des avoirs n'est pas importante, le tribunal peut fixer un montant de pension alimentaire pour époux qui se situe plus bas dans la fourchette qu'il ne l'aurait été, ou même à l'extrémité inférieure de la fourchette, comme il l'a fait dans *MacEachern c. MacEachern*, [2006] B.C.J. n° 2917, 2006 BCCA 508, 33 R.F.L. (6th) 315.

g) Le partage des biens : l'arrêt *Boston* (VD 12.6.3)

Les Lignes directrices facultatives sur le montant et la durée ne modifient pas le droit énoncé dans l'arrêt *Boston c. Boston* [2001] 2 R.C.S. 413 régissant la question de la double ponction, principalement en regard des régimes de retraite. L'arrêt *Boston* traite du principe du droit aux aliments, tout en établissant quelle proportion du revenu du payeur doit être rendue disponible pour le versement de la pension alimentaire pour époux. L'arrêt *Boston* est toutefois assujetti à une exception assez considérable en cas de besoin. Une discussion complète sur les complexités de cette exception et sur les situations où un ajustement a été apporté au revenu du payeur pour éviter la double ponction a été présentée ci-dessus sous la rubrique « La formule *sans pension alimentaire pour enfant* » (« Personnes à la retraite selon la formule *sans pension alimentaire pour enfant* »).

h) Le partage des biens : octroi important de biens (VD 12.6.2)

Nous n'avons pas reconnu, dans l'Ébauche de proposition, que l'octroi important de biens constituait une exception explicite. Les Lignes directrices facultatives peuvent déjà répondre à

quelques-unes des préoccupations relatives à la présence d'actifs « importants » : en attribuant un revenu, en choisissant un montant et une durée se situant dans les fourchettes, en adaptant le calcul de la pension alimentaire dans le cas des payeurs ayant un revenu supérieur au plafond de 350 000 $, et dans des cas extrêmes, en n'accordant aucun droit aux aliments.

Dans la version définitive, nous ne fournissons toujours pas d'exception explicite pour **l'octroi important de biens**. Le droit dans ce domaine demeure incertain. Selon la vision la plus claire que l'on ait, le partage des biens et l'octroi d'une pension alimentaire sont régis par des principes juridiques distincts et ont des objectifs différents, de sorte que l'octroi important de biens ne devrait pas, en soi, dicter une réduction significative du montant de la pension alimentaire pour époux. Ce point de vue est partagé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chutter c. Chutter*, [2008] B.C.J. n° 2398, 2008 BCCA 507 et *Bell c. Bell*, [2009] B.C.J. n° 1201, 2009 BCCA 280. Cependant, il existe un courant minoritaire qui considère que ces mesures de redressement financier sont interchangeables, de sorte que l'octroi important de biens justifie toujours une pension alimentaire pour époux moins élevée. Nous devons attendre que le droit évolue dans ce domaine, ce qui signifie que nous laissons aux avocats le soin de plaider pour ou contre une telle exception à l'extérieur de la Colombie-Britannique.

i) Les besoins essentiels/difficultés (VD 12.7)

Nous avons déjà traité ci-dessus de la nouvelle **exception relative aux besoins essentiels ou aux difficultés**, dans la partie portant sur la formule *sans pension alimentaire pour enfant*. Elle vise à traiter du problème des besoins dans les situations de mariage de courte durée où le bénéficiaire a peu ou pas de revenus.

j) Les revenus non imposables de l'époux payeur (VD 12.8)

Une des nouvelles exceptions de la version définitive est celle qui a trait aux **revenus non imposables de l'époux payeur** (VD 12.8). Les deux formules produisent un montant « brut » de pension alimentaire pour époux, c'est-à-dire un montant que le payeur peut déduire de ses revenus imposables et que le bénéficiaire doit inclure dans ses revenus imposables. Mais certains payeurs ont des revenus qui proviennent entièrement ou principalement de sources légitimement non imposables, soit :

- des prestations d'accident du travail
- des prestations d'invalidité
- des revenus gagnés par une personne autochtone vivant dans une réserve
- des accords au titre du revenu d'un emploi à l'étranger.

Dans ces cas, le payeur ne peut déduire la pension alimentaire versée, contrairement à ce que présument les formules pour déterminer le montant. Dans la plupart des cas, le bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux devra tout de même calculer la pension alimentaire comme un revenu et payer l'impôt sur celle-ci.

En application de cette nouvelle exception, il sera nécessaire de tenir compte de la situation fiscale des époux et de leurs intérêts. Pour des exemples de situations factuelles, voir *Paul c.*

Paul, [2008] N.S.J. n° 157, 2008 CarswellNS 197, 2008 NSSC 124 (les deux sont autochtones, aucun des deux ne paie d'impôt, le montant est inférieur à l'extrémité inférieure de la fourchette); *James c. Torrens*, [2007] S.J. n° 334, 2007 SKQB 219 (un payeur autochtone gagnant son revenu dans une réserve). Il existe également un certain nombre de mécanismes d'ajustement fonctionnant avec les deux formules qui peuvent limiter le besoin de recourir à cette exception, et qui sont décrits plus en détail dans la version définitive.

k) Le parent n'ayant pas la responsabilité première des enfants qui assume le rôle parental (VD 12.9)

Cette exception s'applique dans le cadre de la formule du *payeur gardien* dans le cas d'un mariage de courte durée dans des circonstances particulières, pour justifier un montant de pension alimentaire pour époux plus élevé pour assumer le rôle parental. Il y a trois conditions pour que l'exception s'applique :

- L'époux bénéficiaire non gardien doit jouer un rôle important dans le soin et l'éducation de l'enfant après la séparation.
- Le mariage a été de courte durée et l'enfant est plutôt jeune.
- Les fourchettes de montants et de durées établies par les formules sont telles qu'elles ne permettent pas à l'époux non-gardien de continuer à assumer son rôle parental.

Certaines de ces affaires mettent en cause la maladie ou l'invalidité, ce qui explique le statut de non-gardien de l'époux bénéficiaire. Mais dans de telles situations, cette exception devrait être envisagée en premier, avant d'appliquer l'exception plus fréquente relative à la maladie ou à l'invalidité.

Un bon exemple du recours à cette exception nous est donné dans *Mumford c. Mumford*, [2008] N.S.J. n° 138, 2008 NSSC 82 (mariage de 16 ans, enfant de 14 ans au soin de l'époux, épouse bénéficiant d'un peu de temps parental mais souffrant de problèmes de santé mentale, montant de la pension alimentaire pour époux supérieur à la fourchette, durée maximale).

Cette exception a été reconnue et appliquée dans des circonstances différentes dans *Petit c. Petit*, [2008] O.J. n° 5437, 2008 CarswellOnt 8257 (problème de mobilité, enfants déménagés avec le père, pension pour l'épouse augmentée au-delà de la fourchette pour tenir compte des frais de déplacement pour avoir accès aux enfants dans le nord de l'Ontario).

L'exception s'appliquait aussi clairement aux faits, et la décision *Petit* a été citée et appliquée dans *R.M.S. c. F.P.C.S.*, [2009] B.C.J. n° 1925, 2009 BCSC 1323 (droits d'accès substantiels à deux jeunes enfants exercés par l'époux).

l) Les besoins spéciaux des enfants (VD 12.10)

La présence d'un enfant ayant des besoins spéciaux peut soulever des problèmes pour la détermination du montant et de la durée de la pension alimentaire pour époux, problèmes qui

peuvent souvent, mais pas nécessairement, être réglés à l'intérieur des fourchettes. Dans certains cas toutefois, il peut être nécessaire de prolonger la durée de la pension alimentaire pour époux ou d'en augmenter le montant au-delà de l'extrémité supérieure de la fourchette. Voir *Yeates c. Yeates*, [2007] O.J. n° 1376, 2007 CarswellOnt 2107 (C.S.J.), confirmé en appel par [2008] O.J. n° 2598, 2008 ONCA 519 (épouse ayant la garde d'enfants handicapés, pension alimentaire pour époux bien au-delà de la fourchette) et *Frouws c. Frouws*, [2007] B.C.J. n° 282, 2007 BCSC 195 (épouse n'ayant aucun droit à la pension alimentaire pour époux, ayant tardé à en faire la demande, père gardien assumant tous les coûts des enfants ayant des besoins spéciaux).

m) L'article 15.3 : une compensation insuffisante (VD 12.11)

L'intitulé au long de cette exception est « L'article 15.3 : Des montants peu élevés : une compensation insuffisante selon la formule *avec pension alimentaire pour enfant* ». Selon l'article 15.3 de la *Loi sur le divorce*, il faut accorder la priorité à la pension alimentaire pour enfant par rapport à la pension alimentaire pour époux, ce qui peut signifier que la marge de manœuvre sera réduite ou nulle pour accorder une pension alimentaire pour époux lorsqu'il y a un solide fondement à la demande compensatoire, surtout si les enfants ayant besoin de soins sont nombreux.

Il se peut alors qu'il faille prolonger la *durée* de la pension alimentaire pour époux afin d'accorder une compensation suffisante à l'époux bénéficiaire, et en augmenter le montant à mesure que diminue le montant de la pension alimentaire pour enfant. Pour des exemples, voir *Hajir c. Farshidfar*, [2008] O.J. n° 4712, 2008 CarswellOnt 70047 (C.S.J.); *Danby c. Danby*, [2008] O.J. n° 3659, 2008 CarswellOnt 5512 (C.S.J.); et *C.E.A.P. c. P.E.P.*, [2006] B.C.J. n° 3295, 2006 BCSC 1913.

n) Autres motifs pour s'écarter des Lignes directrices, « nouvelles exceptions »

Les onze « exceptions » énumérées dans la version définitive correspondent à des motifs reconnus ou à des « catégories » de motifs pour s'écarter des fourchettes établies par les formules. Mais il peut y en avoir d'autres découlant des faits inhabituels d'une affaire en particulier, comme l'entente inhabituelle relative au prêt hypothécaire conclue *après* la séparation dans *S.SVC. c. G.J.V.*, [2009] N.B.J. n° 220, 2009 NBQB 195 (l'époux achète la maison conjointement et cosigne le prêt hypothécaire); ou l'entente permanente de l'épouse de vivre avec sa mère, diminuant ainsi ses dépenses dans *Schloegl c. McCroary*, [2008] B.C.J. n° 2443, 2008 BCSC 1722 (montant en-deçà de la partie inférieure de la fourchette).

13 MODIFICATION ET RÉVISION (CHAPITRE 14 DE LA VD)

a) L'application des Lignes directrices facultatives en cas de modification ou de révision (VD 14.1, 14.2)

Il y a un mythe tenace selon lequel les Lignes directrices facultatives « ne s'appliquent pas » en cas de modification ou de révision, ou dans le cas contraire, seulement après bien des questionnements existentiels de la part des avocats et des juges. Cela n'est pas vrai.

Les Lignes directrices facultatives s'appliquent bel et bien en cas de modification ou de révision. La *façon* dont elles s'appliquent dépend des questions soulevées dans chaque demande. Certaines complexités nouvelles ou questions relatives au droit aux aliments peuvent s'ajouter dans **certains** cas qui limiteraient l'application des Lignes directrices, comme l'a expliqué la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Beninger c. Beninger*, [2007] B.C.J. n° 2657, 2007 BCCA 619. Pour un aperçu des thèses opposées sur l'application des Lignes directrices facultatives en cas de demande de modification, voir *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214.

Les Lignes directrices facultatives et les formules peuvent facilement s'appliquer aux questions les plus fréquentes soulevées dans les demandes de modification ou de révision, et l'ont souvent été, en présence de l'une des conditions préalables suivantes :

- le revenu de l'époux payeur a baissé (il a changé d'emploi, a pris sa retraite);
- le revenu réel de l'époux bénéficiaire a augmenté;
- un revenu a été attribué à l'époux bénéficiaire qui n'a pas déployé les efforts voulus pour atteindre l'indépendance économique;
- un changement est survenu dans l'entente relative à la garde des enfants;
- le montant de la pension alimentaire pour enfant a changé;
- le versement de la pension alimentaire pour enfant est terminé (passage d'une formule à l'autre).

Les affaires portant sur une demande de modification ou de révision qui peuvent soulever des questions relatives au droit aux aliments ou des questions plus complexes sont moins nombreuses :

- l'ordonnance est ancienne et a été prononcée avant la publication des Lignes directrices facultatives;
- le revenu du payeur a augmenté après la séparation;

- le revenu du bénéficiaire a diminué après la séparation;
- l'époux bénéficiaire s'est remarié ou a formé une nouvelle union;
- il y a eu formation d'une nouvelle famille et l'arrivée de nouveaux enfants;
- il y a une demande d'extinction de la pension alimentaire au motif que l'époux bénéficiaire n'y a plus droit.

Dans ces situations, on peut toujours appliquer les Lignes directrices facultatives, mais en prenant plus de soin, comme il est expliqué ci-dessous et dans la version définitive.

Au point de départ, il faut se rappeler que les Lignes directrices facultatives ne changent pas les règles juridiques de base en matière de révision et de modification. Pour pouvoir réviser ou modifier une ordonnance alimentaire et utiliser les Lignes directrices afin de déterminer un nouveau montant ou une nouvelle durée, il faut qu'il y ait au préalable un changement de situation important. Pour ce qui est des ordonnances sur consentement, voir *Hurst c. Hurst*, [2008] O.J. n° 3800 (C.S.J.) (ordonnance sur consentement; les Lignes directrices facultatives peuvent être utilisées si l'entente prévoit la révision ou la modification) (voir VD 14.1).

b) L'application aux ordonnances prononcées avant la publication des Lignes directrices facultatives

L'ordonnance visée par une demande de révision ou de modification peut avoir été prononcée avant la publication des Lignes directrices facultatives, et le montant de la pension alimentaire pour époux peut être beaucoup plus bas que ceux qu'auraient générés les fourchettes des Lignes directrices facultatives pour les revenus constatés dans cette ordonnance. Cela peut compliquer l'application des Lignes directrices facultatives en cas de modification ou de révision :

- Certaines décisions indiquent que les Lignes directrices facultatives peuvent servir [TRADUCTION] « de moyen de contrôler les déterminations du montant de la pension alimentaire pour époux établies avant la publication des Lignes directrices facultatives et d'outil d'analyse pour déterminer le montant au moment de la révision » (*Bryant c. Gordon*, 2007 BCSC 946, cité dans *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214).
- Saisi d'une demande en vue de réduire le montant de la pension alimentaire pour époux ou d'y mettre fin, lorsque l'ordonnance en vigueur prévoit un montant de beaucoup inférieur à celui des Lignes directrices facultatives, le tribunal peut la rejeter : voir *Uberall c. Uberall*, [2010] B.C.J. n° 340, 2010 BCSC 251; *Sveinson c. Sveinson*, [2009] B.C.J. n° 1494, 2009 BCSC); *Fritsch c. Fritsch*, [2008] O.J. n° 5238, 2008 CarswellOnt 7838 (C.S.J.); *Baradoy c. Baradoy*, [2009] A.J. n° 443, 2009 ABQB 249.

c) Le passage d'une formule à l'autre lorsque le versement de la pension alimentaire pour enfant prend fin (VD 14.5)

Lorsqu'il y a des enfants à charge au moment de la séparation, la pension alimentaire pour époux aura été d'abord déterminée dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfant*. Lorsque le versement de cette pension prend fin, une demande de révision ou de modification fera passer ces affaires sous le régime de la formule *sans pension alimentaire pour enfant*; voir par exemple *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214.

- S'il est satisfait aux conditions de la révision ou de la modification, la conversion d'une formule à l'autre peut obliger à une nouvelle détermination du montant ainsi que de la durée, le payeur pouvant même demander qu'il soit mis fin au versement de la pension alimentaire. **On utilisera la formule *sans pension alimentaire pour enfant* pour déterminer le nouveau montant de la formule *sans pension alimentaire pour époux*.** (Quant à la durée, comme la conversion d'une formule à l'autre s'appliquera aux mariages de moyenne à longue durée, celle-ci sera fonction de la durée du mariage et sera la même dans le cadre des deux formules.)

- Ces affaires mettent en cause de **solides demandes compensatoires**, comparativement à des mariages de moyenne durée sans enfant issu du mariage. On peut s'attendre à ce que les montants et les durées se situent près de **l'extrémité supérieure des fourchettes.**

- Dans ces cas, l'article **15.3 de la *Loi sur le divorce* et l'exception relative à la compensation insuffisante prévue aux Lignes directrices facultatives** dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfant* (VD 12.11) peuvent aussi être pertinents. Si le montant de la pension alimentaire pour époux était insuffisant par le passé à cause de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfant, le versement de la pension alimentaire pour époux peut devoir se poursuivre au-delà de la limite de durée générée par la formule afin de satisfaire à la demande compensatoire de l'époux bénéficiaire. Cette exception et discutée plus bas sous la rubrique « Exceptions ».

d) La hausse du revenu de l'époux payeur après la séparation (VD 14.3)

Depuis la publication de l'Ébauche de proposition, les tribunaux ont continué à débattre de cette question difficile, qui comporte des éléments relatifs au droit aux aliments et aux montants. Cette question se pose généralement à l'étape de la modification ou de la révision, mais elle peut aussi se poser au moment de l'ordonnance initiale, si une longue période s'est écoulée depuis la séparation ou si le revenu a augmenté de manière soudaine après la séparation, comme cela était le cas dans l'affaire *Fisher* en Ontario.

- Il est inexact d'affirmer que les Lignes directrices facultatives exigent toujours de calculer les fourchettes en utilisant des revenus en vigueur au moment de la séparation.

- Il est tout aussi inexact de dire que les revenus actuels de l'époux sont toujours ceux auxquels l'on se fie aux fins du calcul des fourchettes.

- Sous le régime du droit actuel, la hausse du revenu de l'époux payeur après la séparation soulève une autre question du point de vue de l'analyse de la pension alimentaire pour époux, la question du droit aux aliments, à savoir si, dans le calcul de la fourchette, l'on devrait prendre en compte **la totalité de l'augmentation, une partie de celle-ci ou ne pas la prendre en compte**.

- Comme nous l'avons dit dans la version définitive : « Un concept général de causalité doit s'appliquer pour vérifier si de telles hausses de revenu du payeur après la séparation doivent se répercuter sur la pension alimentaire et dans quelle mesure. Tout dépend de la durée du mariage, des rôles assumés durant la vie commune, du temps écoulé depuis la séparation et du motif de la hausse du revenu (par exemple, un nouvel emploi plutôt qu'une promotion chez le même employeur, ou une évolution normale de la carrière plutôt que le lancement d'une nouvelle entreprise) ».

- La plupart des principales affaires dans lesquelles cette question est soulevée sont examinées dans *Judd c. Judd*, [2010] B.C.J. n° 177, 2010 BCSC 153; *Sawchuk c. Sawchuk*, [2010] A.J. n° 18, 2010 ABQB 5 et *D.B.C. c. R.M.W.*, [2006] A.J. n° 1629, 2006 ABQB 905. Sont également utiles les décisions *Chapman c. Chapman*, [2010] B.C.J. n° 284, 2010 BCSC 216; *Coghill c. Michalko*, [2010] A.J. n° 86, 2010 ABQB 59; *Hartshorne c. Hartshorne*, [2009] B.C.J. n° 1050, 2009 BCSC 698; *Kelly c. Kelly*, [2007] B.C.J. n° 324, 2007 BCSC 227. Voir aussi *Chalifoux c. Chalifoux*, [2008] A.J. n° 174, 2008 ABCA 70 (aucun partage).

- Dans l'affaire *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11, la Cour d'appel de l'Ontario a prévu un partage limité de l'augmentation du revenu après la séparation, en prenant la moyenne des revenus de quatre années pour les deux époux, y compris l'année de séparation, au cours de laquelle le revenu de l'époux a augmenté pour la première fois. Ce partage partiel n'a pas été expliqué de manière détaillée, mais il semblerait tenir compte de la durée du mariage (19 ans), le caractère soudain de l'augmentation (l'année de la séparation) et le fondement non-compensatoire de la pension alimentaire (argument moins convaincant pour le partage).

- Dans les affaires instruites en Colombie-Britannique et en Ontario, une approche moins rigoureuse a été adoptée pour ce qui est du lien entre le mariage et l'augmentation de revenu après la séparation, surtout dans le cas de mariages de longue durée. Par exemple, dans *Hartshorne*, la Cour a jugé qu'il y avait [TRADUCTION] « un lien temporel sans équivoque entre le mariage et l'augmentation, sans qu'aucun changement dans la carrière de M. Hartshorne ni aucun autre événement ne puisse expliquer l'augmentation ». Au paragraphe 111, la Cour passe en revue la jurisprudence et donne un aperçu de ce qui pourrait constituer un tel « changement ». Dans *Chapman*, l'époux banquier à l'emploi d'une grande banque était passé à une autre grande banque après la séparation, qui lui offrait une meilleure rémunération incitative, mais son augmentation de revenu complète a été prise en compte en raison d'un mariage de 23 ans et des longs antécédents de l'époux dans le secteur bancaire.

- À l'inverse, les affaires instruites en Alberta ont exigé davantage, quelque chose comme un « lien de causalité » entre l'augmentation spécifique survenue après la séparation et les *contributions* de l'époux bénéficiaire durant le mariage. Par exemple, il a été jugé dans *Sawchuk* que l'époux bénéficiaire [TRADUCTION] « doit démontrer qu'il ou elle a contribué à

l'acquisition des habiletés ou compétences de l'autre, contribuant ainsi à sa capacité de gagner un revenu plus élevé ». Aucune contribution spécifique de la sorte n'a été constatée. Dans *Sawchuk*, il n'était pas suffisant que le mariage ait duré 24 ans, que la pension alimentaire ait été compensatoire, que le mari ait acquis ses compétences durant le mariage, ou qu'il ait poursuivi son travail d'électricien. Il avait changé d'emploi et travaillait de plus longues heures, de sorte que son augmentation de revenu n'a été partagée.

- Au cours des dernières années, on a plus souvent invoqué et plaidé l'augmentation de revenu de l'époux payeur après la séparation, un signe que l'on utilise les Lignes directrices facultatives à meilleur escient. Avec le temps, la jurisprudence devrait devenir plus cohérente et nuancée.

- On peut utiliser les formules des Lignes directrices pour établir les limites extrêmes des montants de pension alimentaire, dans chaque cas, en calculant les fourchettes relatives au revenu de l'époux payeur à la date de la séparation puis celles relatives à son revenu actuel après l'augmentation. La version définitive renferme des exemples d'une telle situation.

e) Le remariage ou la nouvelle union de l'époux bénéficiaire (VD 14.7)

Le remariage ou une nouvelle union du bénéficiaire n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la pension alimentaire pour époux, mais il peut souvent mener à une diminution et parfois à une annulation. Cela dépend beaucoup du caractère compensatoire ou non-compensatoire de la pension alimentaire, de la durée du premier mariage, de l'âge du bénéficiaire et du niveau de vie de son nouveau ménage : *Hinds c. Hinds*, [2008] B.C.J. n° 2540, 2008 BCCA 547; *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214. Dans de nombreux cas, les résultats sont prévisibles, mais pas assez prévisibles pour élaborer une formule adaptée à ces situations dans la version définitive.

- L'affaire la plus intéressante de remariage est *M.(K.A.) c. M.(P.K.)*, 2008 CarswellBC 135, 2008 BCSC 93, puisque le juge Barrow a essayé d'élaborer une formule pour tenter de réduire la pension alimentaire pour époux de 10 p. 100 par année jusqu'à son expiration 10 ans plus tard, après un mariage traditionnel de 21 ans.

- **Les ordonnances dégressives** constituent une solution assez fréquente dans ces situations, même si elles ne sont pas fondées sur une formule : *Balazsy c. Balazsy*, [2009] O.J. n° 4113 (S.C.J.); *C.L.M. c. R.A.M.*, [2008] B.C.J. n° 608, 2008 BCSC 217.

- Une autre solution consiste à réduire la pension alimentaire pour époux en-dessous de la fourchette : *Driscoll c. Driscoll*, [2009] O.J. n° 5056 (C.S.J.); *Rakose c. Rakose*, [2008] B.C.J. n° 1632, 2008 BCSC 1165; *Coolen c. Coolen*, [2005] N.S.J. n° 155, 2005 NSSC 78.

- La pension alimentaire peut être annulée, plus particulièrement si le nouvel époux a un revenu plus élevé que l'ex-époux : *Redpath c. Redpath*, [2008] B.C.J. n° 68, 2008 BCSC 68, confirmé en appel [2009] B.C.J. n° 813, 2009 BCCA 168.

f) Les nouvelles familles, ou l'arrivée de nouveaux enfants (VD 14.8)

Dans le cadre de la pension alimentaire pour enfant, les questions relatives à l'arrivée de nouveaux enfants sont traitées aux termes de l'article 10, portant sur les difficultés excessives, un critère exigeant et discrétionnaire, sans aucune politique claire pour le règlement des conflits. Les conflits se compliquent encore lorsque l'on doit trouver un équilibre entre les pensions alimentaires à verser à l'ex-époux et aux enfants issus de la nouvelle union. La version définitive ne propose aucune formule et nous devons, ici encore, attendre que le droit évolue en la matière.

Le principe selon lequel « la première famille vient en premier » reste très présent et constitue encore, dans ces situations, l'approche la plus fréquente pour déterminer l'équilibre entre les familles. Les obligations de l'époux payeur à l'égard de ses enfants et de l'autre époux du premier mariage l'emportent sur toutes les autres obligations auxquelles il serait tenu. Il s'agit en l'occurrence de l'approche adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11, mais le juge Lang a souligné que de telles obligations [TRADUCTION] « doivent être prises dans leur contexte ». Dans l'arrêt *Fisher,* il s'agissait d'un mauvais contexte pour l'époux, peut-être la plus faible des réclamations relative à une seconde famille que l'on puisse imaginer (par. 41) : une union très rapide après la séparation; deux enfants de la nouvelle épouse plutôt que deux enfants biologiques, une pension alimentaire versée par le père de ces deux enfants, une nouvelle épouse qui pouvait recouvrer le droit d'exercer comme physiothérapeute, mais qui a préféré rester au foyer, et le revenu de l'époux était assez élevé pour que la pension alimentaire versée à sa première épouse n'appauvrisse pas sa nouvelle famille.

Dans l'arrêt *Fisher*, le juge Lang a fait deux remarques intéressantes d'application générale *:* (i) malgré le principe voulant que « la première famille vienne en premier », [TRADUCTION] « les nouvelles obligations envers la seconde famille diminuent inévitablement la capacité du payeur de verser la pension alimentaire à la première famille » (par. 39); et (ii) lorsque les époux se séparent, que l'époux payeur se remarie et a un autre enfant, le contexte sera différent et les [TRADUCTION] « obligations à l'égard du nouvel enfant auront une incidence sur la pension alimentaire à verser à la première famille parce que le payeur a une obligation égale envers ses deux enfants » (par. 40).

Pour un exemple sur ce dernier point, voir *Kontogiannis c. Langridge*, [2009] B.C.J. n° 2257, 2009 BCSC 1545 (union de fait de 11 ans, le conjoint n'était plus tenu de verser des aliments pour la fille de 20 ans de sa conjointe, nouvelle union du conjoint, nouvel enfant, pension alimentaire pour époux réduite à 600 $/mois, en deçà de l'extrémité inférieure de la fourchette de 1034 $/mois en raison du nouvel enfant). Les Lignes directrices facultatives peuvent aider à déterminer le montant d'un écart à la baisse dans le cas de l'arrivée d'un « nouvel enfant », en ajustant la fourchette en fonction d'un montant théorique de pension alimentaire pour enfant de la même façon que pour une obligation alimentaire envers un enfant « précédent ». Dans l'arrêt *Kontogiannis*, cela aurait réduit le montant se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette à environ 770 $ par mois, ce qui laisse entendre que le juge a pu intuitivement augmenter l'ajustement pour tenir compte du nouvel enfant.

g) L’indépendance économique et fin de la pension alimentaire (VD 13, 13.1, 13.7, 13.8)

Certains des facteurs qui motivent une modification ou une révision de l’ordonnance alimentaire (retour au travail, remariage ou nouvelle union de l’époux bénéficiaire, départ à la retraite ou baisse de revenu de l’époux payeur, etc.) peuvent soulever la question du maintien du droit aux aliments. Le droit aux aliments est toujours une condition préalable pour l’application des Lignes directrices. Il peut donc être entièrement mis un terme à la pension alimentaire au moment d’une modification ou d’une révision s’il n’y a plus de droit aux aliments.

C’est souvent à la suite d’une demande de modification ou de révision que les limites de durée générées par l’une ou l’autre formule des Lignes directrices facultatives sont imposées. Même dans le cas de mariages de longue durée pour lesquels les formules des Lignes directrices facultatives indiquent que la pension alimentaire pour époux est illimitée (durée non précisée), l’obligation alimentaire peut s’éteindre si le bénéficiaire n’a plus droit aux aliments. Pour un exemple de l’annulation de la pension alimentaire en raison de la modification de l’ordonnance, voir *Gammon c. Gammon*, 2008 CarswellOnt 6349 (C.S.J.) (union de 15 ans sans enfant; séparation en 2004; aucune durée précisée dans l’ordonnance initiale; demande de modification après le départ à la retraite de l’époux; montant de la pension réduit en application des Lignes directrices facultatives, fin de la pension alimentaire fixée à 10 ans après la séparation.)

L’atteinte de l’indépendance économique de la part de l’époux bénéficiaire est l’un des arguments les plus fréquents militant contre le « droit aux aliments ». La jurisprudence fait ressortir que l’indépendance économique n’est pas un critère absolu et doit être interprétée dans le contexte du niveau de vie des parties. L’indépendance économique peut aussi avoir des sens différents selon que la demande de pension alimentaire est compensatoire ou non compensatoire. La détermination de l’indépendance économique exige une analyse hautement individualisée qui se prête mal à l’application de lignes directrices.

Pour un bon exemple de décision en révision où la Cour a conclu que l’épouse n’avait pas encore atteint l’indépendance économique, voir *Bockhold c. Bockhold*, [2010] B.C.J. n° 283, 2010 BCSC 214 (mariage de 17 ans; révision 10 ans après la séparation et remariage de l’épouse). Pour un exemple où il a été mis un terme à la pension alimentaire bien avant la durée maximale parce que l’épouse avait été jugée autonome financièrement, voir *Mills c. Elgin*, [2009] B.C.J. n° 2310, 2009 BCSC 1607 (relation de 15 ans avec 3 enfants; pension alimentaire pour époux annulée à la suite d’une demande de modification six ans après la séparation alors que l’époux gagnait 100 000 $ et l’épouse. 46 000 $).

14 LA PENSION ALIMENTAIRE RÉTROACTIVE ET LES LIGNES DIRECTRICES FACULTATIVES

Les Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux peuvent être utiles pour régler une question qui revient de plus en plus souvent, celle de la « pension alimentaire rétroactive ». L'expression est souvent employée dans son sens large pour désigner simplement l'octroi d'aliments avant que les questions entourant la pension alimentaire soient débattues devant le tribunal, plutôt que dans son sens plus technique, soit l'octroi d'aliments pour la période précédant le dépôt d'une demande ou d'une requête devant le tribunal. Dans le présent contexte, nous employons l'expression dans son sens large et usuel.

Il y a deux contextes où la question de la pension alimentaire pour époux « rétroactive » est le plus souvent soulevée : (i) au procès, où le tribunal est invité à réexaminer le montant et la durée de la pension alimentaire provisoire; (ii) sur demande de modification de l'ordonnance alimentaire pour époux, où il est demandé que soit accordée une pension alimentaire rétroactive en même temps que soit modifié le montant futur de la pension alimentaire. Assez souvent, la pension alimentaire pour époux rétroactive est demandée en même temps qu'une demande de pension alimentaire pour enfant rétroactive.

Les questions préliminaires concernant la pension alimentaire pour époux rétroactive seront inévitablement influencées par la décision récente de la Cour suprême du Canada sur la pension alimentaire pour enfant rétroactive dans l'affaire *D.B.S. c. S.R.G.*, [2006] 2 S.C.R. 231, 31 R.F.L. (6th) 1, 2006 CSC 37. Les cours d'appel en Colombie-Britannique et au Nouveau-Brunswick ont adapté l'analyse formulée dans l'arrêt *D.B.S.* au contexte de la pension alimentaire pour époux, p. ex. dans *Reis c. Bucholtz*, [2010] B.C.J. n° 382, 2010 BCCA 115 et *Brown c. Brown*, [2010] N.B.J. n° 18, 2010 NBCA 5. Dans d'autres provinces, comme en Ontario et en Nouvelle-Écosse, les décisions clés en appel sont antérieures à *D.B.S.*, comme *Bremer c. Bremer*, [2005] O.J. n° 608, 13 R.F.L. (6th) 89 (C.A.) et *Lu c. Sun*, [2005] N.S.J. n° 314, 2005 NSCA 112. Il n'y a pas encore de consensus à savoir si l'analyse formulée dans l'arrêt *D.B.S.* pourrait s'appliquer de manière différente à la pension alimentaire pour époux rétroactive.

Ces affaires s'articulent autour de la question préliminaire du droit à des aliments rétroactifs et du pouvoir discrétionnaire du tribunal à accorder de tels aliments. Nous nous intéressons ici à la façon dont les Lignes directrices facultatives pourraient servir pour établir le montant et la durée de la pension alimentaire pour époux rétroactive.

- Les Lignes directrices facultatives peuvent servir à calculer le *montant* approprié de la pension alimentaire pour époux et sont souvent utilisées à cette fin une fois que les revenus passés des époux ont été déterminés. La *durée* de la pension alimentaire rétroactive est généralement déterminée dans le cadre de l'analyse relative au droit aux aliments, et peut être discrétionnaire.

- Pour des exemples de pension alimentaire pour époux rétroactive pour la période provisoire calculée à l'aide des Lignes directrices facultatives, voir *Reis c. Bucholtz*, [2010] B.C.J. n° 382, 2010 BCCA 115; *Fisher c. Fisher*, [2008] O.J. n° 38, 2008 ONCA 11; *Teja c. Dhanda*, [2009] B.C.J. n° 928, 2009 BCCA 198, appel accueilli en partie de [2008] B.C.J.

n° 1052, 2008 BCSC 733 et [2007] B.C.J. n° 1853, 2007 BCSC 124; *Purdue c. Purdue*, [2009] N.B.J. n° 382, 2009 NBQB 303; *Dickson c. Dickson*, [2009] M.J. n° 374, 2009 CarswellMan 515, 2009 MBQB 274.

- Pour des exemples de calculs du montant de la pension alimentaire pour époux rétroactive à la suite d'une demande de modification, voir *Chapman c. Chapman*, [2010] O.J. n° (C.S.J.); *Ellis c. Ellis*, [2010] O.J. n° 1250, 2010 ONSC 1880; *Krane c. Krane*, [2010] O.J. n° 1009, 2010 ONSC 1488; *Mann c. Mann*, [2008] O.J. n° 2942, 2008 ONCJ 231. Pour une affaire en révision, voir *Kerman c. Kerman*, [2008] B.C.J. n° 710, 2008 CarswellBC 793, 2008 BCSC 500.

- Dans une affaire, le montant de la pension rétroactive a été calculé après qu'une entente a été annulée : *Leaman c. Leaman*, [2009] N.J. n° 359, 2009 NLTD 199 (pas de future pension alimentaire, calcul de la pension alimentaire rétroactive, montant forfaitaire accordé).

- Pour un emploi des Lignes directrices facultatives dans une affaire inhabituelle de pension alimentaire « rétroactive », voir *Hartshorne c. Hartshorne*, [2009] B.C.J. n° 1050, 2009 BCSC 698, où la Cour devait se prononcer sur la pension alimentaire pour époux versée pendant une période antérieure de dix ans en raison de la décision de la Cour suprême du Canada sur des questions touchant les biens et le contrat de mariage.

- Les questions fiscales peuvent compliquer les ordonnances rétroactives de pension alimentaire pour époux. Si le montant de la pension alimentaire rétroactive est calculé à l'aide des Lignes directrices facultatives et converti en montant forfaitaire, ce montant doit être réduit au titre de l'impôt sur le revenu, car il ne sera normalement pas déductible. Par contre, si le but est de faire en sorte que le montant de la pension alimentaire rétroactive soit déductible et de permettre une nouvelle cotisation et un ajustement de l'impôt versé durant les années précédentes, alors il faut que cela soit dit clairement et que les formulaires appropriés soient remplis et transmis à l'Agence du revenu du Canada, soit le formulaire T1198 (État d'un paiement forfaitaire rétroactif admissible).

  Ce domaine du droit est moins clair. Ni les parties ni le tribunal ne peuvent dire quoi faire à l'Agence du revenu du Canada; ils doivent organiser leur entente pour obtenir le traitement fiscal souhaité. Pour un exemple où la Cour a reconnu et prévu cette incertitude dans son ordonnance, voir *Chapman c. Chapman*, [2010] O.J. n° (traitement fiscal considéré comme motif pour une révision du montant de la pension alimentaire pour époux). Pour l'exemple d'un autre juge de première instance aux prises avec le traitement fiscal accordé à une pension rétroactive dans le cadre d'une révision de l'ordonnance, voir *Kerman c. Kerman*, [2008] B.C.J. n° 710, 2008 CarswellBC 793, 2008 BCSC 500, motifs supplémentaires sur les questions fiscales [2008] B.C.J. n° 1244, 2008 BCSC 852.