

**ÉLABORATION DES LIGNES DIRECTRICES SUR LES PENSIONS
ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX :
AMORCE DE LA DISCUSSION**

DOCUMENT DE RÉFÉRENCE

Préparé pour le ministère de la Justice du Canada

par

M^{me} Carol Rogerson*

Faculté de droit, Université de Toronto

Décembre 2002

(*Nous avons bénéficié des abondants commentaires et conseils de M. D. A. Rollie Thompson de la Dalhousie Law School lors de la rédaction du présent document, qui s'inspire étroitement de deux ouvrages antérieurs de M. Thompson : «Everything is Broken: No More Spousal Support Principles? », document non publié rédigé pour la conférence sur le droit de la famille de la Continuing Legal Education Society of British Columbia, qui a eu lieu les 12 et 13 juillet 2001, ainsi que « And 'Average Justice' for All: Status and Stereotype in Support Law », autre document non publié rédigé pour le programme de formation juridique permanente de la section du droit de la famille du Barreau du Haut-Canada, «Child and Spousal Support Revisited », Toronto, les 2 et 3 mai 2002.)

Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement les opinions du ministère de la Justice du Canada.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	1
II. RÈGLES DE DROIT ACTUELLES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX.....	7
A. Pléthore ou absence de théories sur la pension alimentaire pour époux	7
B. Domination de plus en plus marquée de l'analyse fondée sur les besoins et les ressources	8
C. Portée étendue du droit aux aliments	10
D. Réticence à imposer des limites temporelles strictes	11
E. Caractère aléatoire des montants et apparition de certaines tendances	12
F. Reconstruire le droit : prochaines étapes	14
III. THÉORIES RELATIVES À LA PENSION ALIMENTAIRE POUR ÉPOUX.....	15
A. La pension alimentaire pour époux dans la tradition – notion de faute et de statut; promesse d'une pension à vie.....	16
B. La pension alimentaire pour époux dans la société moderne : à la découverte de nouvelles théories	17
C. La réadaptation, l'autonomie et la rupture nette.....	18
D. Compensation de la perte économique; abandon de carrière et perte de possibilités (<i>loss of opportunity</i>).....	20
E. Théories fondées sur le partage des revenus	23
(a) Premier modèle de partage des revenus : partage des gains conjugaux; compensation au titre des contributions et des avantages; partenariat conjugal.....	24
(b) Deuxième modèle de partage des revenus : reconnaissance de l'interdépendance des conjoints, paiements transitoires, le mariage en tant que communauté, fusion au fil des années ..	26
(i) Paiements transitoires	27
(ii) Fusion au fil des années.....	28
(iii) Bracklow et le partage des revenus	28
(c) Conséquences des théories fondées sur le partage des revenus	29
F. Obligation sociale fondamentale : modèle fondé sur la sécurité du revenu	30
G. Partenariat parental	31
H. En résumé – Où la théorie nous amène-t-elle?	33
IV. MODÈLES DE LIGNES DIRECTRICES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX	34
A. Lignes directrices américaines	35
1. Lignes directrices californiennes — comté de Santa Clara.....	38
2. Lignes directrices de la Pennsylvanie	41
3. Lignes directrices du Kansas – comté de Johnson.....	42
4. Propositions de l'ALI.....	44
(a) Aperçu.....	44
(b) Demande fondée sur la durée du mariage en raison de la baisse du niveau de vie.....	46
(c) Demande du principal pourvoyeur de soins.....	49
(d) Autres caractéristiques structurelles des lignes directrices de l'ALI.....	51
(e) Évaluation des propositions de l'ALI	52
5. Arizona — comté de Maricopa.....	58
B. Ligne directrice canadienne (suggérée par Dranoff)	60
C. En résumé -- Certaines questions fondamentales relatives à la structure des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux	61
V. CONTEXTE SOCIAL DES LIGNES DIRECTRICES CANADIENNES.....	63
A. Fréquence des ordonnances alimentaires en faveur de l'ex-époux	63
B. Durée du mariage	66
C. Mariages comportant des enfants à charge.....	67
VI. PROCESSUS D'ÉLABORATION DES LIGNES DIRECTRICES CANADIENNES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX À PARTIR DE ZÉRO.....	68

I. INTRODUCTION

Partout au pays, les programmes de formation juridique permanente portant sur les pensions alimentaires pour époux attirent des nombres records de participants. Ainsi, lors du Programme national sur le droit de la famille qui s'est tenu à Kelowna en juillet 2002, les séances qui traitaient de ce sujet se sont déroulées dans la grande salle de bal, qui n'a jamais désempli. Les avocats et les juges tentent de trouver des directives sur ce qui est devenu un des domaines les plus difficiles de notre pratique. Les médias ont fait connaître par ailleurs des décisions où les tribunaux ont accordé une pension alimentaire à un ex-époux malgré une entente de séparation disposant le contraire, ce qui a engendré un débat sans fin sur la raison d'être d'obligations alimentaires à long terme. Le droit en matière de pensions alimentaires pour époux suscite la confusion, l'incertitude et la controverse.

Conscient des inquiétudes exprimées par les avocats aussi bien que les juges, le ministère fédéral de la Justice a décidé d'enclencher une discussion sur la possibilité d'apporter une plus grande certitude et une meilleure prévisibilité dans les règles de droit actuelles relatives aux obligations alimentaires entre conjoints. Plus précisément, disons que le projet du ministère de la Justice favorisera la tenue de débats sur l'élaboration éventuelle de lignes directrices qui encadreraient la détermination des aliments au profit d'un époux dans des dossiers particuliers. En bref, on envisage d'élaborer des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux.

Cette démarche rappelle les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, mais une telle analogie n'est pas nécessairement appropriée : comme nous le verrons plus en détail ci-après, les choix sont nombreux lorsqu'il s'agit de structurer les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux et d'en concevoir aussi la portée. Par exemple, doivent-elles seulement faciliter le calcul du montant de la pension ou peuvent-elles influencer également sur la durée du versement de la pension et même sur le droit aux aliments? Devrait-il y avoir différentes lignes directrices pour différentes situations ou devrait-on plutôt élaborer une seule série de lignes directrices d'application générale? Devraient-elles être légiférées ou informelles? Auraient-elles une valeur consultative ou bien leur application serait-elle présumée?

Cependant, dans le contexte du présent document de référence du projet du ministère de la Justice, des lignes directrices supposent effectivement le recours à une formule mathématique qui permet de calculer la proportion du revenu des époux qui sera répartie après la dissolution du mariage. Nous jetons ainsi les bases nécessaires pour étudier la possibilité de rédiger des lignes directrices fondées sur le partage des revenus : d'après cette méthode, la pension alimentaire versée à l'ex-conjoint est établie en fonction du pourcentage de l'écart des revenus entre les époux, ce pourcentage étant fixé à la lumière de plusieurs facteurs, y compris la durée du mariage ou la présence d'enfants.

Le projet est né de la perception que notre droit actuel en matière de pensions alimentaires pour époux, qui a évolué sous le régime de la *Loi sur le divorce*¹ interprétée par la Cour suprême du Canada dans une série de jugements déterminants (plus précisément les arrêts *Moge*² et *Bracklow*³), possède un caractère excessivement discrétionnaire, d'où un degré inacceptable d'incertitude et d'imprévisibilité⁴. En effet, des situations similaires peuvent donner des résultats très divers, parce que les juges n'ont reçu que peu de directives concrètes au sujet des aliments destinés aux ex-époux et que leur perception subjective d'un montant équitable joue un rôle prépondérant dans l'ordonnance alimentaire finale. Les avocats éprouvent aussi des difficultés à prédire l'issue d'une demande de pension, ce qui réduit leur capacité de conseiller leurs clients et de s'engager dans des négociations moins onéreuses. Les parties qui se retrouvent par ailleurs sans avocat ou dans des positions de négociation moins solides ne présenteront tout simplement pas de demande. À une échelle plus générale, disons que l'incertitude et l'imprévisibilité qui règnent dans le droit en matière de pensions alimentaires pour époux jettent un doute sur l'équité des décisions rendues, de sorte que l'obligation alimentaire envers l'ex-époux perd de sa légitimité. Les interprétations immensément variées de la nature de cette obligation qui prévalent à l'heure actuelle suscitent des interrogations quant à l'équité des ordonnances aux deux extrêmes : dans certains cas, la pension peut être trop élevée et dans d'autres, trop faible.

Des inquiétudes semblables sur l'absence de cohérence et de prévisibilité dans le domaine des pensions alimentaires pour enfants ont mené, en 1997, à l'adoption des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*⁵, qui ont largement réussi à atteindre les objectifs voulus⁶. On se demande donc si une solution

¹ L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Bien que le présent document porte expressément sur les ordonnances alimentaires au profit d'un ex-époux prononcées » sous le régime de cette loi fédérale, nos conclusions sont aussi valables dans le cas des aliments ordonnés en vertu de lois provinciales. En effet, malgré certaines différences de forme, l'interprétation des dispositions provinciales sur les pensions alimentaires pour conjoints s'est appuyée généralement sur les principes de base énoncés par la Cour suprême du Canada.

² *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813.

³ *Bracklow c. Bracklow*, [1999] 1 R.C.S. 420.

⁴ Pour plus de détails à ce sujet, voir Carol Rogerson, « Spousal Support Post-*Bracklow*: The Pendulum Swings Again? » (2001), 19 Can. Fam. L. Q. 185 et D.A. Rollie Thompson, « Everything is Broken: No More Spousal Support Principles? » document non publié préparé pour la conférence sur le droit de la famille de la Continuing Legal Education Society of British Columbia, 12 et 13 juillet 2001.

⁵ Outre l'incertitude, ces lignes directrices visaient à éliminer un autre problème apparent des pensions alimentaires pour enfants, soit le fait qu'elles aient généralement été considérées trop peu élevées. Comme nous le verrons plus loin, cet objectif d'« équité » est plus complexe dans le cas de la pension versée à un ex-époux, parce qu'on estime que les ordonnances sont trop généreuses dans certains cas, et dans d'autres, qu'elles ne le sont pas assez.

⁶ Voir le récent examen quinquennal des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants effectué par le ministère de la Justice du Canada : *Les Enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (mai 2002). Les auteurs concluent que les lignes directrices ont atteint l'objectif

analogue est maintenant appropriée à l'endroit des ex-conjoints. On reconnaît sans hésiter que l'élaboration de lignes directrices à ce sujet est beaucoup plus difficile qu'à l'égard des enfants, car les fondements mêmes de l'obligation envers l'époux engendrent une plus grande controverse, et la pension qui en résulte apparaît servir des objectifs plus larges.

Dans la structure actuelle du droit de la famille au Canada, la pension alimentaire pour époux demeure le dernier bastion du pouvoir discrétionnaire : un juge a ainsi la possibilité de rendre une « justice économique globale » à la lumière des faits d'un dossier particulier, compte tenu des sommes accordées conformément aux régimes relativement stricts – et fondés sur l'application de formules – en matière de patrimoine familial et de pension alimentaire pour enfants. À titre de mesure de redressement économique résiduel, les aliments versés au conjoint servent fréquemment à combler les lacunes des autres recours. Par le passé, lorsqu'on envisageait d'élaborer des lignes directrices dans ce domaine, les observateurs canadiens ont généralement conclu que cette perte de souplesse se ferait au détriment du système en droit de la famille et qu'il serait impossible de rédiger des lignes directrices possédant la flexibilité nécessaire pour répondre à la diversité des mariages et aux objectifs multiples de la pension alimentaire pour époux⁷. En règle générale, les inconvénients semblaient l'emporter sur les avantages que procurerait une résolution rapide des conflits.

Toutefois, il convient peut être désormais approprié de réévaluer le bien-fondé de lignes directrices en la matière. Les lignes directrices relatives à la pension alimentaire pour enfants, qui comportent des formules destinées à évaluer la pension d'après des estimations générales du coût de l'éducation des enfants, nous ont habitués à une justice « moyenne » et non pas individualisée ainsi qu'au principe général du partage des revenus après le divorce⁸. En outre, la hausse des coûts attribuables aux litiges ont rendu

qui consistait à rendre les montants des pensions alimentaires pour enfants plus cohérents et prévisibles. Il est plus difficile par contre d'évaluer l'équité des ordonnances prononcées conformément à ces lignes directrices. Le ministère de la Justice est parvenu à la conclusion que les montants sont équitables, mais ce point suscite encore des débats. De fait, nous en traitons ci-après, l'incapacité de la pension alimentaire pour enfants de compenser parfaitement tous les coûts associés à l'éducation des enfants se répercute sur la pension alimentaire pour époux.

⁷ Voir par exemple l'étude préparée en octobre 1988 pour le ministère fédéral de la Justice par Danreb Inc., intitulée *Spousal and Child Support Guidelines* (chercheur principal : Julien Payne). L'institut de réforme du droit de l'Alberta s'est fondé sur cette étude lorsqu'il s'est prononcé contre l'adoption d'une formule fixe pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour conjoints : voir Alberta Law Reform Institute, *Family Law Project: Spousal Support* (rapport aux fins de la discussion n° 18.2), octobre 1998, sur <http://www.law.ualberta.ca/alri/>. Voir une autre étude préparée pour le ministère de la Justice par l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille, *Options for Reform of the Law of Spousal Support Under the Divorce Act, 1985* (mai 1991) (chercheur principal : M.L.(Marnie) McCall).

⁸ Détail de ces arguments dans D.A. Rollie Thompson, « And 'Average Justice' for All: Status and Stereotype in Support Law » document non publié préparé pour le programme de formation permanente de la section du droit de la famille du Barreau du Haut-Canada, « Child and Spousal Support Revisited », Toronto, 2 et 3 mai 2002.

la justice individualisée hors de la portée de la plupart des ex-époux – même ceux qui font partie de la classe moyenne.

N'oublions pas non plus que les règles de droit régissant les obligations alimentaires entre conjoints sont devenues encore plus mal structurées et plus discrétionnaires avec le temps, particulièrement dans la foulée de la décision *Bracklow*. Ce phénomène a détruit la confiance qui avait pu prévaloir il y a même cinq ans, quand on croyait encore que les tribunaux, dans leur interprétation des dispositions législatives, étaient en train de mettre en place une démarche fondée sur des principes. C'est une chose de soutenir que le droit en matière de pensions alimentaires pour époux a besoin de souplesse pour s'adapter à différentes situations, mais c'en est une autre que d'essayer de défendre le bien-fondé de résultats notablement différents dans des dossiers semblables, ce qui est le cas actuellement. Finalement, à cause de certains réaménagements conceptuels récents dans notre interprétation des aliments versés aux ex-époux, particulièrement la réapparition de l'analyse fondée sur les besoins et les ressources depuis *Bracklow*, il est peut-être devenu plus approprié d'instaurer le partage des revenus au moyen de lignes directrices. Certaines décisions récentes, notamment celle qu'a rendue la Cour d'appel de l'Ontario dans *Andrews v. Andrews*^{8a}, montrent que les juges commencent à se tourner vers l'utilisation de formules pour calculer la pension alimentaire pour époux.

Certaines administrations américaines se sont dotées de lignes directrices il y a plus d'une décennie. L'American Law Institute (ALI), qui jouit d'une grande influence, a recommandé, dans le cadre de son vaste projet de révision des principes de droit entourant la dissolution des familles⁹, une démarche qui s'appuie lourdement sur des formules ou des lignes directrices. Même s'il se peut qu'aucun modèle américain ne puisse convenir parfaitement au contexte canadien, l'expérience américaine nous apprend qu'une forme quelconque de lignes directrices est faisable en principe. Les propositions de l'ALI, plus particulièrement, portent à conclure que des lignes directrices en matière de pensions alimentaires pour époux peuvent être structurées de différentes façons et tenter de répondre, à un certain degré du moins, aux nombreux objectifs et aux diverses situations qui existent, ce qui peut dissiper certaines inquiétudes quant à leur manque de souplesse.

Le mécanisme envisagé dans le présent document aux fins de l'élaboration de lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux diffère de la réforme législative formelle qui a mené aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. En effet, à cause de la nature controversée des obligations alimentaires entre conjoints, on pourrait croire qu'il y a peu à gagner en ouvrant la question à un large débat public. Aux États-Unis, les lignes directrices en la matière ont généralement été élaborées par des comités de juges et d'avocats mis sur pied par les

^{8a} *Andrews v. Andrews* (1999), 50 R.F.L. (4th) 1 (C.A. Ont.).

⁹ American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (LexisNexis, 2002). Les recommandations relatives à la pension alimentaire pour conjoints figurent au chapitre 5, intitulé « Compensatory Spousal Payments ».

barreaux locaux. Elles ont donc été créées de manière à refléter la pratique locale et à encadrer plus méthodiquement les négociations entre les parties¹⁰.

Nous proposons un processus assez semblable ici, qui supposerait de construire les lignes directrices à partir de zéro. Il s'agit tout d'abord de réunir des juges et des avocats ayant une expertise en droit de la famille, dans l'espoir qu'ils puissent ensemble mettre au point des lignes directrices inspirées des tendances (ou des pratiques exemplaires) qui se dégagent du quotidien dans le domaine. Ces lignes directrices auraient une valeur consultative seulement dans le cadre législatif existant; elles viseraient à jeter des bases communes préalables à la discussion sur les ordonnances alimentaires appropriées en faveur de l'ex-époux dans différentes catégories de dossiers.

N'importe quelle discussion sur l'élaboration de lignes directrices pose un défi de taille qui fait intervenir une multitude de questions complexes relevant de la théorie autant que de la pratique. Le présent document a pour but de décrire la toile de fond sur laquelle se dessinent les multiples éléments constitutifs du projet du ministère de la Justice.

À la partie II, nous exposerons brièvement les règles de droit actuelles régissant les aliments versés au profit d'un ex-époux au Canada. Nous visons ainsi deux objectifs : premièrement, mettre en lumière les problèmes qui ont rendu les lignes directrices nécessaires, plus précisément la confusion conceptuelle et l'importance excessive accordée à la nature discrétionnaire du processus décisionnel; deuxièmement, établir le cadre de grande portée qui devra sous-tendre les lignes directrices informelles. Il y a lieu tout particulièrement de souligner l'évolution du droit vers une analyse fondée sur les besoins et les ressources. Bien qu'elle soit pour le moment une cause d'incertitude et de confusion, cette évolution met en place les conditions nécessaires pour introduire le partage des revenus en tant que méthode de calcul de la pension alimentaire pour époux. De fait, certains arrêts récents, dont la décision rendue en 1999 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Andrews*, dénotent les premiers efforts déployés par des juges en vue de concevoir une approche axée partiellement sur l'application de formules pour calculer la pension alimentaire destiné à un époux en fonction des revenus nets des parties après le divorce. Il n'est pas surprenant de constater qu'il s'agissait de dossiers comportant des enfants mineurs et où une pension pour les enfants comme une pension pour l'ex-époux étaient en jeu : il devenait alors possible d'étendre à l'obligation envers le conjoint la méthode prescrite dans les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*.

Nous examinerons à la partie III les différentes théories qui sont avancées afin de justifier l'obligation alimentaire envers l'ex-époux de même que les implications de chacune sur l'élaboration des lignes directrices. Étant donné la place de plus en plus

¹⁰ À l'exception des propositions de l'ALI, qui visent une réforme législative – bien que l'institut américain laisse une certaine marge permettant jusqu'à un certain point de modeler les principes en fonction de normes locales.

prépondérante qu'occupe dans notre jurisprudence l'analyse non compensatoire fondée sur les besoins et les ressources, nous nous intéressons particulièrement à une série de théories qui se fondent sur le partage des revenus. Nous avons mis l'accent sur les dimensions théoriques dans cette partie parce qu'une des principales causes de l'incertitude juridique actuelle vient, selon nous, d'une confusion conceptuelle. Même si le présent projet se veut de nature pratique et non pas théorique, une certaine clarification des principes fondamentaux sous-tendant la pension alimentaire pour époux s'impose avant qu'on puisse penser même à mieux structurer les règles de droit.

Nous passons de la théorie à la pratique dans la partie IV, où nous examinons certaines des lignes directrices qui ont été appliquées dans le domaine des pensions alimentaires pour époux ou, dans le cas des propositions de l'ALI, qui ont été rédigées aux fins d'une mise en œuvre future. Nous nous attardons à l'expérience vécue aux États-Unis, même si les lignes directrices américaines peuvent, de par leur nature, s'avérer inappropriées au Canada compte tenu de l'interprétation différente que nous faisons de la nature de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux. En revanche, elles illustrent certaines des structures possibles et, à tout le moins, peuvent aider à circonscrire les points que les lignes directrices canadiennes devront résoudre. Les propositions de l'ALI revêtent un intérêt particulier, tant à cause de leur grande portée et de leur fondement théorique solide que de la complexité des règles proposées pour, d'une part, reconnaître différentes justifications du versement d'une pension à l'ex-époux et, d'autre part, s'assurer que l'ordonnance alimentaire s'adapte à plusieurs situations différentes. La partie IV est donc consacrée essentiellement à un examen approfondi des propositions de l'institut américain. Nous y décrirons également une ligne directrice canadienne mise de l'avant par Linda Silver Dranoff et utilisée par certains avocats en Ontario. La ligne directrice de Dranoff est intéressante parce que la méthode et les résultats s'inspirent des tendances nouvelles relevées dans la jurisprudence canadienne, ontarienne plus particulièrement, notamment dans des décisions comme *Andrews*; ces tendances n'existent pas en droit américain et ne sont donc pas reflétées dans les lignes directrices applicables aux États-Unis.

À la partie V, nous faisons un survol du contexte social entourant l'élaboration et la mise en œuvre de lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux. Nous y étudions les renseignements disponibles, et malheureusement très limités, sur les caractéristiques des mariages qui se terminent par un divorce (notamment la durée moyenne du mariage et la présence ou l'absence d'enfants mineurs) et sur la fréquence des ordonnances alimentaires prononcées en faveur de l'ex-époux. Cette information de fond nous permettra de connaître l'univers dans lequel les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux évolueront et de réfléchir aux effets qu'elles pourraient avoir.

La partie VI décrit un processus de réflexion pouvant mener à l'élaboration de lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux au Canada. Nous y discutons plus en détail de ce qu'implique la création de lignes directrices informelles reflétant la pratique locale, sans oublier les défis qui seront posés.

II. RÈGLES DE DROIT ACTUELLES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX

Nous ne cherchons pas ici à donner un aperçu détaillé de toutes ces règles de droit, parce que ce travail a déjà été fait par d'autres auteurs¹¹. Nous décrivons simplement le domaine dans ses grandes lignes après l'arrêt *Bracklow*. Notre démarche vise deux objectifs. Tout d'abord, nous voulons mettre en lumière les problèmes qui ont rendu des lignes directrices nécessaires. Ensuite, nous voulons ériger le cadre dans lequel des lignes directrices informelles semblables à celles que nous proposons ici devront fonctionner; nous montrerons en même temps comment certains phénomènes récents ont pu mettre en place un environnement propice à l'élaboration de lignes directrices. Une série de décisions récentes, dont la plus représentative a été rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Andrews*, revêtent un intérêt particulier parce qu'on y voit un exemple de lignes directrices à caractère informel d'inspiration judiciaire.

Le droit actuel possède cinq caractéristiques fondamentales :

- pléthore ou absence de théories sur la pension alimentaire pour époux
- domination de plus en plus marquée de l'analyse fondée sur les besoins et les ressources;
- portée étendue du droit aux aliments;
- réticence à imposer des limites temporelles rigides
- caractère aléatoire des montants et apparition de certaines tendances

Chacune sera abordée tour à tour.

A. Pléthore ou absence de théories sur la pension alimentaire pour époux

En ce qui concerne l'obligation alimentaire entre conjoints, c'est la confusion conceptuelle qui règne. Depuis l'arrêt *Bracklow*, personne n'a plus aucun sens clair de ce qu'est cette obligation. En donnant une plus grande portée au cadre établi dans *Moge*, la Cour suprême a non seulement reconnu dans *Bracklow* trois différents principes qui justifient le versement d'une pension alimentaire à l'ex-époux – de nature compensatoire, non compensatoire et contractuelle, mais elle a omis de répondre à bon nombre de questions sur la nature de chaque demande et sur la relation entre les différentes formes d'aliments. Du côté de la pension non compensatoire, les fondements font l'objet de la confusion la plus totale. Convaincue qu'il n'existe aucun principe ni modèle dominant qui sous-tend la pension alimentaire pour époux en application de la *Loi sur le divorce*, la Cour suprême a refusé d'exercer quelque responsabilité que ce soit, et de donner des directives et une structure sur le plan conceptuel, préférant déléguer aux juges de première instance le soin de déterminer quel genre d'ordonnance alimentaire est appropriée à la lumière des faits.

¹¹ Voir Rogerson, précité à la note 4, et Thompson, précité à la note 4.

Les juges invoquent désormais de nombreuses variantes des théories compensatoires et non compensatoires, et même que certains ne s'inspirent d'aucune théorie : *Bracklow* porte à croire en effet que l'obligation alimentaire envers un ex-époux est de nature essentiellement discrétionnaire et factuelle, Cet arrêt a donc justifié l'absence de fondements théoriques dans le droit des pensions alimentaires pour époux. Depuis, on ne cherche plus à trouver des explications cohérentes à l'obligation alimentaire envers l'ex-époux. Bien des juges se sont sentis encouragés à recourir tout bonnement à des normes très mal structurées et souvent non motivées d'« équité » qui viennent généralement s'appliquer à une notion vague du « besoin ». Comme nous le ferons valoir dans la partie III, où nous passons en revue de façon plus détaillée les théories qui sous-tendent la pension alimentaire pour époux, c'est en clarifiant les principes de base qui structurent cette obligation que nous franchirons une étape cruciale et que nous réussirons à mieux structurer les règles de droit dans ce domaine. Par conséquent, il est nécessaire de se demander si tous les concepts actuellement invoqués pour justifier le versement d'une pension alimentaire à l'ex-époux sont valables d'un point de vue théorique.

B. Domination de plus en plus marquée de l'analyse fondée sur les besoins et les ressources

Les juges et les avocats ont réagi de deux manières à la confusion conceptuelle engendrée par l'arrêt *Bracklow* : certains continuent d'accorder préséance au principe de la compensation comme outil d'analyse et réservent ainsi la pension non compensatoire à une catégorie étroite et individuelle de dossiers hors normes n'impliquant aucun enfant ni aucune perte de capacité du conjoint de gagner sa vie. Dans la majorité des cas, toutefois, les tribunaux accordent un rôle étendu à la pension non compensatoire. Parfois, autant une obligation alimentaire compensatoire que non compensatoire est reconnue, mais il reste que les demandes sont analysées de plus en plus souvent sur une seule base non compensatoire. Nous assistons donc à la fusion des demandes de pension compensatoire et non compensatoire ainsi qu'à la domination de plus en plus marquée de l'analyse fondée sur des arguments non compensatoires. Il est certain que la notion des besoins et des ressources, qui n'est pas axée sur la compensation, est venue à dominer les débats sur les pensions alimentaires pour époux. Elle sert désormais d'outil fondamental d'analyse dans la détermination de l'ordonnance alimentaire, bien que celle-ci puisse comporter un élément compensatoire. Il s'ensuit que les tribunaux s'appuient lourdement sur les états des revenus et des dépenses des parties pour déterminer l'issue d'une demande.

L'analyse fondée sur les besoins et les ressources est responsable d'une bonne part de l'incertitude dans les règles de droit actuelles. En effet, le « besoin » peut prendre une foule de sens différents : il peut s'agir de besoins de base, de besoins moyens ou de besoins liés au niveau de vie. Il est nécessaire de comprendre l'objectif de l'obligation alimentaire afin de structurer l'idée de « besoin » puis de lui donner une forme, mais de telles réflexions théoriques sont devenues peu populaires après la décision *Bracklow*. L'évaluation du besoin est donc très subjective, suivant des interprétations fondées sur un grand nombre d'hypothèses tacites relatives à l'objet de la pension alimentaire pour

époux. Les besoins et les ressources ne constituent pas une théorie en soi : il s'agit uniquement d'une notion qui se prête à de multiples théories.

La notion des besoins et des ressources présente de nombreux attraits, particulièrement d'un point de vue pratique. Ainsi, elle évite les questions complexes – soit les preuves et la causalité – soulevées dans les modèles axés sur la compensation et la perte économique; elle met par ailleurs l'accent sur ce qu'on connaît réellement au moment du divorce, c'est-à-dire les revenus, les dépenses et les déficits des parties. Elle peut aussi facilement mener au partage des revenus, qui fait l'objet de modèles théoriquement valables étudiés à la partie III du présent document. Toutefois, dans l'approche actuelle axée sur les besoins et les ressources, il n'existe aucune définition claire des bases sous-tendant le partage des revenus, d'où le risque important que l'analyse donne des résultats injustifiables.

À une extrémité, l'analyse fondée sur les besoins et les ressources a fait réapparaître le modèle traditionnel de la pension alimentaire pour époux : l'ex-conjoint demande alors une pension à vie correspondant à son niveau de vie durant le mariage, peu importe la durée ou la nature de l'union, sans égard au fait que les parties se retrouvent dans des situations financières très différentes. Or ce modèle est injustifiable théoriquement, en l'absence d'une notion de faute, et ne servira à long terme qu'à ôter toute légitimité à l'obligation alimentaire entre conjoints. Comme le montrera notre examen des théories sur les aliments versés au profit de l'ex-époux, figurant à la partie III ci-après, des modèles plausibles de partage des revenus existent, mais ils rattachent tous d'une certaine façon l'obligation alimentaire à la durée et à la nature du mariage ou bien à la présence d'enfants : ils ne sont pas fondés sur le mariage en soi ni sur une quelconque promesse ou attente à caractère financier.

Une crainte nous amène à croire, et c'est plus plausible, que le cadre fondé sur les besoins et les ressources fait en sorte qu'il devient très risqué qu'une pension alimentaire soit refusée ou limitée sans motif. Il est en effet très facile de passer de la notion de besoin à celle de l'autonomie financière, d'où la possibilité que des conjoints ne reçoivent pas une compensation suffisante pour les responsabilités qu'ils ont assumées dans l'éducation des enfants parce qu'ils ont réussi à atteindre une certaine autonomie économique de base et à se sortir de la dépendance créée par le mariage, ou subsidiairement, parce qu'ils sont parvenus à rester autonomes à un certain degré durant l'union.

La transition vers un cadre fondé sur les besoins et les ressources, bien qu'elle semble simplifier le droit grâce à une norme unique, a en fait contribué à sa fragmentation à cause des diverses façons dont on peut interpréter le « besoin ». Selon certains, l'approche fondée sur les besoins et les ressources facilitera en bout de ligne l'introduction d'une formule de partage des revenus en vertu de lignes directrices puisque l'analyse s'écartera du concept de la perte, axée sur la compensation, pour privilégier le niveau de vie. Cependant, elle élève aussi des obstacles importants à l'élaboration de lignes directrices, car les besoins et les ressources impliquent un processus décisionnel très individualisé, où les états des revenus et dépenses jouent un rôle pivot. À l'instar des

lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, le partage des revenus éliminerait le recours à ces budgets individuels; il éliminerait également tout le concept du « besoin », car l'obligation alimentaire deviendrait un droit de recevoir une part du revenu de l'époux.

C. Portée étendue du droit aux aliments

Depuis que *Bracklow* a étendu les fondements de la pension alimentaire pour époux au-delà de la compensation, le droit aux aliments est presque disparu en tant qu'enjeu fondamental du droit en matière de pensions alimentaires pour conjoints. Même s'il n'existe aucune base compensatoire justifiant le versement d'une pension, la notion du besoin en soi peut suffire à appuyer une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint; et si ce besoin est interprété généreusement de manière à couvrir toute chute notable du niveau de vie après le mariage, ce qui est généralement le cas dans la jurisprudence postérieure à *Bracklow*, les fondements du droit à une pension alimentaire sont très larges¹². Ainsi, la disparité des revenus, peu importe le genre de mariage et sa durée, suffira habituellement pour que le tribunal accorde des aliments à l'ex-époux.

Les règles de droit en matière de pensions alimentaires pour époux évoluaient déjà dans cette direction après la décision *Moge*, mais *Bracklow* a confirmé la tendance. Le juge Quinn de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a reconnu la gravité de la disparition de ce droit dans l'extrait suivant tiré de la décision qu'il rendait dans l'affaire *Keller v. Black* :

[Traduction]

[par. 22] Il semble que *Bracklow* nous ait amenés au point où toute réduction notable du niveau de vie à la suite de la rupture justifiera une ordonnance alimentaire, dont le montant ou la durée seront modifiés de manière à ce que justice soit rendue dans chaque dossier¹³.

Comme l'affirme le juge Quinn, la grande partie des demandes relatives à la pension alimentaire pour époux traitent désormais du montant et de la durée de l'ordonnance. Cependant, ce qui structure dans le fond les décisions concernant le montant et la durée

¹² Il existe bien évidemment des exceptions : certains juges continuent d'accorder la priorité à un cadre compensatoire et refuseraient de reconnaître à l'ex-époux tout droit à des aliments par suite d'une baisse du niveau de vie si les deux conjoints ont travaillé à temps plein durant le mariage et ne peuvent donc invoquer une perte sur le plan professionnel. Pour les juges qui adoptent ce point de vue, les pensions non compensatoires seraient limitées aux dossiers où une des parties ne peut subvenir à ses besoins de base et ne pourraient donc être réclamées par une personne qui peut conserver un niveau de vie raisonnable. Voir *Leet v. Leet* (2002), 25 R.F.L. (5th) 302 (C.B.R.N.-B.) et *Graves v. Graves* (2001), 20 R.F.L. (5th) (C.S.C.-B.) pour connaître des exemples récents où un tribunal a refusé de reconnaître le droit à une pension à cause d'une disparité des revenus, sans que des besoins de base ne soient insatisfaits. Il y a eu également des cas où la pension a été refusée même lorsque le demandeur ne pouvait combler ses besoins de base. Dans certaines situations, la conduite du demandeur semble avoir été une considération sous-entendue, et dans d'autres, le tribunal a tenté de maximiser les ressources que le payeur pouvait affecter à l'éducation des enfants dont il avait la garde. Rogerson, précité à la note 4, examine ces affaires.

¹³ *Keller v. Black*, [2000] O.J. No. 79, 182 D.L.R. (4th) 690 (C.S.J.).

de la pension, c'est l'interprétation des bases du droit aux aliments. Si l'on omet d'interpréter ou de clarifier adéquatement ces bases, comme le font les décisions récentes, il se crée une incertitude et de la confusion dans la détermination des ordonnances alimentaires en faveur de l'ex-époux.

D. Réticence à imposer des limites temporelles strictes

Si l'une des caractéristiques de notre droit actuel est l'élargissement du droit aux aliments, un autre phénomène enclenché avec la décision *Moge* et confirmé par *Bracklow* tient à la durée accrue de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux. En règle générale, les tribunaux hésitent à imposer des limites temporelles tant et aussi longtemps qu'un demandeur peut prouver son besoin économique. La définition de ce que constitue un besoin est bien évidemment variable, mais il est de plus en plus courant que le besoin, par suite d'un mariage de longue durée, soit évalué en fonction du niveau de vie pendant le mariage. L'existence du besoin semble démontrée dès qu'on décèle une disparité notable entre les parties au chapitre de la situation économique après le divorce.

Il est encore plus frappant de constater que les ordonnances limitées dans le temps, qui étaient auparavant si courantes, sont devenues relativement rares. Typiquement, le tribunal ordonnera le versement d'une pension pour une période indéfinie. Dans bien des cas, le tribunal envisage désormais de rendre cette obligation alimentaire permanente, au moins lorsqu'elle vient compléter un revenu. Même lorsque la cessation éventuelle est prise en considération – par exemple lorsque la situation économique du bénéficiaire s'améliore – on préfère qu'elle survienne à la suite d'une demande de modification fondée sur le changement de situation ou à la suite d'une ordonnance de révision de la pension alimentaire lorsque ce changement est probable, et non pas par l'imposition d'une limite temporelle. Lorsque le recyclage du bénéficiaire ou sa réintégration sur le marché du travail sont envisagés, les délais impartis pour lui laisser le temps d'atteindre l'autonomie financière sont de plus en plus généreux. Depuis la décision *Moge*, les tribunaux hésitent à déclarer qu'un conjoint a omis de déployer des efforts raisonnables afin de devenir financièrement indépendant.

Les ordonnances indéfinies et les ordonnances de révision soulèvent bon nombre de questions épineuses relatives à la durée de la pension, notamment en ce qui a trait au niveau de revenu où un conjoint sera jugé « être autonome financièrement » ou ne plus se trouver dans le « besoin »; ces questions sont simplement reportées jusqu'à ce qu'elles soient tranchées par un autre juge. À bien des égards, l'incertitude entourant la durée est reliée à l'incertitude au sujet de la valeur des aliments. Puisqu'il n'existe aucune définition claire du niveau de revenu où les anciens conjoints devraient se situer après le versement de la pension, il n'y a non plus aucun jalon permettant de déterminer quand cette pension n'est plus nécessaire. À l'autre extrême, l'incertitude entourant la durée a une incidence sur les montants : en effet, à cause de leur réticence à imposer des limites temporelles strictes, les tribunaux se replient souvent sur des ordonnances visant une période indéfinie et dont les montants sont peu élevés de préférence à des ordonnances généreuses mais de courte durée.

Les ordonnances limitées dans le temps sont dorénavant restreintes à des dossiers exceptionnels lorsqu'il est clair que le droit aux aliments est de nature limitée et bien définie; c'est le cas le plus souvent des mariages très courts. Cependant, depuis *Bracklow*, certains juges (qui restent néanmoins une minorité) ont commencé à limiter leurs ordonnances face à des demandes « purement » non compensatoires. Les limites reflètent alors une vision particulière de la pension non compensatoire, qui est assimilée à une obligation limitée et transitoire, malgré des disparités permanentes des revenus ou même l'existence permanente d'un besoin de base important.

E. Caractère aléatoire des montants et apparition de certaines tendances

À la lumière d'un droit élargi aux aliments et de la réticence générale à imposer des limites temporelles strictes lorsque les revenus des parties après le divorce présentent des disparités notables, la plupart des points importants en matière de pensions alimentaires pour époux ont trait aux montants de la pension. Il n'est donc pas surprenant que la majeure partie de l'incertitude juridique actuelle touche ce domaine également. Le juge doit absolument comprendre les principes directeurs lorsqu'il détermine les montants, de sorte que c'est à cet égard que le manque actuel de clarté concernant les fondements de l'obligation alimentaire devient apparent. On s'attarde en général peu à ces principes : des interprétations extrêmement divergentes, et souvent tacites, de l'objectif de la pension alimentaire pour époux déterminent comment le concept flou du « besoin » est compris et, partant, quelle pension est requise pour combler ce besoin.

Il se dessine malgré tout quelques tendances dans la détermination des montants. Même dans les dossiers les plus convaincants, les mariages traditionnels de très longue durée, on ne peut trouver dans la jurisprudence l'acceptation *généralisée* d'un principe d'égalisation des revenus. Bien qu'un principe semblable soit mentionné à l'occasion maintenant (le plus souvent en Ontario)¹⁴, la norme la plus généreuse est habituellement exprimée sous la forme de l'équivalence des niveaux de vie. Or des niveaux de vie équivalents se traduisent rarement, en pratique, par une égalisation des revenus. En outre, bon nombre de tribunaux se refusent même à adhérer à ce principe, préférant appliquer une autre norme : la pension doit ainsi permettre au demandeur de satisfaire à des besoins « raisonnables » étayés par un budget¹⁵. Des études antérieures ont montré que le divorce après un long mariage ne comportant plus d'enfants à charge procurait en général à l'ex-épouse un revenu brut (compte tenu du versement de la pension et de ses propres gains) se situant entre 55 et 65 % du revenu de son ex-mari (après déduction de la pension)¹⁶.

¹⁴ On en trouve un exemple récent dans *Grant v. Grant* (2001), 22 R.F.L. (5th) 294 (C.S.J. Ont.).

¹⁵ Une décision récente rejette clairement le principe de l'égalisation : voir *Cook v. Cook* (2002), 27 R.F.L. (5th) 12 (C.S.N.-É.).

¹⁶ Voir Rogerson, précité à la note 4.

En dehors des cas les plus « faciles », c'est-à-dire les longs mariages où les revenus des parties présentent des disparités importantes, on discerne même encore moins de tendances ou de principes relativement à la valeur de la pension accordée. Cependant, soulignons une certaine évolution intéressante dans une sous-catégorie de dossiers où la demande de pension alimentaire pour époux a été conjuguée à une demande de pension alimentaire à l'égard des enfants. Dans ces affaires, les tribunaux adoptent une démarche presque fondée sur des formules aux fins de l'évaluation des aliments destinés au conjoint, inspirée expressément des notions qui sous-tendent l'égalisation des revenus. Le tribunal effectue alors une comparaison du revenu net disponible des ménages, puis se sert des calculs générés par ordinateur au moyen de programmes mis au point aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants en application des lignes directrices fédérales.

Dans quelques décisions où un des époux demandait une pension et où il y avait des enfants à charge, les juges ont commencé à rendre en faveur des conjoints des ordonnances alimentaires d'une valeur qui donnera lieu à une égalisation des revenus nets des ménages lorsqu'on combine la pension alimentaire pour enfants et les revenus du parent gardien¹⁷. C'est ce que M. Thompson appelle la version « atténuée » de l'égalisation¹⁸. La Cour d'appel de l'Ontario dans *Andrews v. Andrews*¹⁹ (et son arrêt subséquent dans l'affaire *Adams v. Adams*²⁰) adopte une version plus « vigoureuse » de l'égalisation. Dans ces deux affaires, la Cour d'appel a souscrit à une méthode de calcul de la pension alimentaire pour époux qui accorde à l'épouse, une fois sa pension ajoutée à la pension alimentaire pour enfants et à ses revenus, une part de 60 % du revenu net disponible des parties, alors que son ex-mari conserve 40 %. *Andrews* va au-delà de l'égalisation des revenus et entraîne des résultats qui laissent plus de la moitié des revenus combinés au ménage du parent gardien. Les principes qui sous-tendent cette décision sont quelque peu nébuleux. À première vue, *Andrews* semble s'appuyer sur une « mise en commun » des deux pensions alimentaires ainsi qu'une attribution globale de 60 % des revenus nets au parent gardien. On pourrait en conclure que cet arrêt reflète un principe d'égalisation des niveaux de vie des ménages (qui tient compte du nombre de personnes vivant dans chaque foyer et, partant, des besoins plus grands du ménage où habitent les enfants). Par contre, *Andrews* n'a pas pour conséquence d'égaliser réellement les niveaux de vie – les résultats s'approchent simplement davantage de ce qui serait un simple partage égal des revenus entre les deux parties. On se demande en outre sur quels principes on peut justifier une répartition à 60 % et 40 %. Il vaut mieux expliquer l'issue de l'affaire *Andrews* en soulignant qu'il s'agit de la mise en application du principe du

¹⁷ La jurisprudence ontarienne est analysée en détail par Rogerson, précité à la note 4. Une décision récente rendue en dehors de l'Ontario a adopté cette approche : voir *Weisner v. Weisner*, 2002 CarswellAlta 1213.

¹⁸ Voir Thompson, précité à la note 4.

¹⁹ *Andrews v. Andrews* (1999), 50 R.F.L. (4th) 1 (C.A. Ont.).

²⁰ *Adams v. Adams* (2001), 15 R.F.L. (5th) 1 (C.A. Ont.).

partage égal entre les parties conjoints des revenus qui demeurent après le versement de la pension alimentaire pour enfants²¹.

Même la version atténuée de l'égalisation n'est pas largement adoptée aux fins du calcul des aliments destinés à l'ex-conjoint dans les cas où il y a des enfants à charge, et l'approche adoptée dans *Andrews* est encore plus rare – elle est surtout limitée à l'Ontario et, même dans cette province, elle apparaît dans les dossiers impliquant des parents qui gagnent un revenu élevé. Ni l'une ni l'autre version de l'égalisation ne révèle une tendance dominante dans la jurisprudence, mais ces décisions laissent entrevoir des possibilités intéressantes pour l'évolution future du droit. Elles offrent par ailleurs l'exemple le plus clair de tribunaux qui s'orientent vers l'utilisation de lignes directrices aux fins du calcul de la pension alimentaire pour époux. Elles soulèvent aussi des questions, qui seront abordées plus en détail à la partie III ci-dessous, notamment à propos de la théorie fondamentale du droit aux aliments qui les sous-tend. Est-ce la présence d'enfants à charge qui pousse les tribunaux à adopter des principes axés sur l'égalisation des revenus ou ces décisions signalent-elles une norme nouvelle d'égalisation applicable à un éventail élargi de demandes de pensions alimentaires pour époux?

F. Reconstruire le droit : prochaines étapes

Le cadre mis en place après l'arrêt *Bracklow*, caractérisé par une confusion conceptuelle qui souligne des fondements multiples justifiant l'octroi d'aliments à l'ex-époux et qui encourage une grande part de discrétion dans les ordonnances alimentaires en faveur du conjoint, a engendré une incertitude et une imprévisibilité notables. Les ordonnances qui sont prononcées dénotent les disparités énormes créées par différentes perceptions subjectives d'une issue équitable, tant chez les juges (lorsque la pension alimentaire pour époux fait l'objet d'un litige) que les avocats (dans le cadre d'ententes négociées). À chaque décision en la matière en correspond une autre où des faits semblables ont donné lieu à une ordonnance alimentaire très différente en faveur de l'ex-conjoint. Cette incertitude est à la source des appuis actuels en faveur de lignes directrices et de la structure que ces dernières peuvent apporter à un domaine du droit difficile et empreint de confusion.

Cependant, malgré cette incertitude juridique marquée, une certaine structure générale commence à se dessiner et pourrait faciliter la mise en œuvre de lignes directrices. La domination de plus en plus marquée de l'analyse fondée sur les besoins et les ressources, bien qu'elle soit responsable d'une bonne partie de l'incertitude actuelle, jette aussi des bases propices à l'application de régimes de partage des revenus en fonction de lignes directrices. Un droit étendu aux aliments et la réticence à imposer des

²¹ Voir Thompson, précité à la note 4, et la note de Jay McLeod portant sur la décision publiée dans 50 R.F.L. (4th) 1. D'après les calculs de Linda Silver Dranoff, *Andrews* a accordé à l'épouse 39 % du revenu disponible après le versement de la pension alimentaire pour enfants, et non pas 50 %. Voir Linda Silver Dranoff, « Is there an evolving Spousal Support Formula? And does Need matter? » *The Six-Minute Lawyer*, Barreau du Haut-Canada, 3 décembre 2001.

limites temporelles strictes ont fait en sorte que le montant de la pension – la question sans doute la plus facile à résoudre au moyen de lignes directrices – est devenu le principal point en litige dans le domaine des pensions alimentaires pour époux. Comme on pourrait s’y attendre, au fil des ans, certaines tendances se dégagent en droit, particulièrement à l’égard de catégories précises de mariages. Quelques-unes de ces tendances sont mises en lumière dans tout le pays, alors que d’autres reflètent davantage les cultures sociales et juridiques locales. Des décisions comme *Andrews* montrent qu’on tente déjà, dans le système actuel, d’élaborer des approches qui s’appuient sur des formules aux fins du calcul de la pension versée au conjoint. Ces tendances émergentes constitueront une base importante sur laquelle s’érigeront les projets visant l’élaboration de lignes directrices informelles à partir de zéro.

Toutefois, étant donné le rôle prépondérant de la confusion conceptuelle dans la fragmentation des règles de droit relatives aux pensions alimentaires pour époux, une première étape cruciale dans le processus de reconstruction nécessitera un retour aux bases, c'est-à-dire à la théorie. Un examen des diverses théories en matière des pensions alimentaires pour époux nous aidera à comprendre comment le droit en est arrivé à la situation actuelle et à clarifier les principes fondamentaux qui sous-tendent l’obligation alimentaire entre conjoints.

III. THÉORIES RELATIVES À LA PENSION ALIMENTAIRE POUR ÉPOUX

Si l’on veut élaborer des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux, il y a lieu tout d’abord de recenser et de clarifier les principes théoriques de base qui sous-tendent et structurent l’obligation alimentaire. Ensuite, il s’agit d’édicter des règles pratiques et faciles à administrer en vue de mettre en œuvre ces principes qui, précisons-le, restent des « approximations sommaires » qui supposeront inévitablement que l’on sacrifie à la pureté théorique au nom d’une résolution véritable des conflits²².

Dans la présente section, nous cherchons à mettre en lumière les diverses bases théoriques qui ont été avancées pour justifier l’obligation alimentaire envers l’ex-époux de même que les possibilités offertes par chacune. Nos propos porteront essentiellement sur les théories touchant l’objectif de cette obligation telles qu’elles ont été énoncées dans la doctrine qui commence à voir le jour à ce sujet. Il sera vite évident que les diverses théories se reflètent toutes, à des degrés divers, dans les règles de droit sur les pensions alimentaires pour conjoints au Canada. Même si bon nombre de ces théories sont considérées de nature exclusive, du moins par les auteurs, il arrive fréquemment en pratique que plusieurs d’entre elles se conjuguent. En outre, des principes très différents peuvent souvent engendrer des méthodes semblables de calcul.

²² Dans un extrait cité par la juge L’Heureux-Dubé dans *Moge*, Ira Ellman faisait valoir que « même une approximation sommaire de critères théoriquement justifiables vaut probablement mieux qu’une estimation fondée sur une intuition de ce qui est ‘équitable’ à partir d’un système ne comportant pas de principes d’‘équité’ au départ. » (« The Theory of Alimony » (1989), 77 Calif. L. Rev. 3, à la p. 99)

Il ne faudrait pas oublier, en lisant la présente section, que nous présentons ces théories non pas pour restructurer notre droit en matière de pensions alimentaires pour époux en fonction d'une nouvelle théorie ni pour forcer un consensus sur un principe particulier. Étant donné que le projet du Ministère se veut en bout de ligne d'ordre pratique et non pas théorique, il a pour objet de mettre en relief les tendances émergentes dans notre jurisprudence puis d'obtenir un consensus sur les issues appropriées dans des catégories particulières de dossiers. Une partie de ce processus implique toutefois la recension et la clarification des idées qui génèrent et justifient ces issues.

Il est bien établi dans nos règles de droit qu'il existe plus d'un fondement théorique à l'obligation alimentaire en faveur du conjoint. Cette diversité a été encouragée au Canada, comme en témoignent les multiples objectifs des aliments versés au profit d'un conjoint qui sont intégrés à la loi ainsi que l'importance rattachée à ce choix législatif dans l'arrêt *Bracklow*. Il sera donc nécessaire qu'elle soit également reconnue dans les lignes directrices éventuelles. Cependant, comme nous l'avons mentionné à la partie II, elle a atteint un point inacceptable, et la structure conceptuelle des pensions alimentaires pour époux est devenue peu cohérente. C'est là une source majeure de l'incertitude dans ce domaine du droit.

Si nous voulons rendre les règles de droit plus cohérentes et prévisibles, nous devons donc clarifier au moins jusqu'à un certain point les principes théoriques fondamentaux qui justifient et structurent l'obligation alimentaire entre conjoints de même que les façons dont ils interagissent. L'examen qui suit cherche à faciliter ce processus.

A. La pension alimentaire pour époux dans la tradition – notion de faute et de statut; promesse d'une pension à vie

Le droit en ce qui concerne les pensions alimentaires pour époux a déjà été relativement simple : l'épouse, n'ayant commis aucune faute conjugale, avait le droit de recevoir, à la rupture du mariage, un montant qui lui permettrait de conserver pour le restant de ses jours ou jusqu'à ce qu'elle se remarie le même niveau de vie qu'elle avait connu durant son mariage.

Le concept sous-jacent, parfois appelé le modèle de la « *pension à vie* », était clair : l'obligation était bien évidemment fondée sur le *statut* du mariage et se justifiait au moyen d'une analyse contractuelle des obligations prises en charge lors du mariage, où la notion de *faute* jouait un rôle central. La pension devenait alors essentiellement une forme de dommages-intérêts pour la perte du profit espéré résultant du défaut au contrat. En effet, le mariage supposait, de la part du mari, une promesse de soutien économique à vie faite à l'épouse. Si le mari décidait par la suite d'abandonner cette relation ou était responsable de la rupture en ayant commis un délit conjugal, l'épouse « innocente » pouvait revendiquer ce qu'on lui avait promis par le mariage, c'est-à-dire la sécurité économique pour la vie. Traditionnellement, les règles en matière de pensions alimentaires pour époux impliquaient une analyse des besoins et des ressources. La pension visait à combler les besoins économiques de l'épouse et en principe, sinon en

pratique²³, le « besoin » était évalué dans le contexte de la relation conjugale et compte tenu du niveau de vie de l'épouse durant le mariage.

Puisque les bases de l'obligation alimentaire étaient relativement bien comprises dans le passé, il n'est pas surprenant que les premières versions de ce que nous appellerions maintenant des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux aient vu le jour afin de permettre le calcul du montant accordé sous forme d'aliments²⁴. La fameuse règle du « tiers », qui découlait de la pratique des tribunaux ecclésiastiques, était souvent appliquée aux cas où le mari était le seul soutien de famille : il était ainsi présumé que l'épouse avait droit à une pension équivalant au tiers du revenu de son mari. En pratique, cette règle englobait souvent les pensions destinées à l'épouse et aux enfants, ce qui fixait un plafond absolu bien inférieur à la moitié du revenu du payeur. Lorsque les deux époux gagnaient un revenu, les tribunaux appliquaient parfois une formule qui permettait de laisser à l'épouse une pension alimentaire qui, ajoutée à son propre revenu, représentait les deux cinquièmes des revenus conjoints; d'autres encore égalisaient les revenus des parties. La pension alimentaire destinée à l'ex-conjoint n'était jamais complètement fixe ni déterminée, mais certaines règles de présomption ont été créées au fil des décisions.

B. La pension alimentaire pour époux dans la société moderne : à la découverte de nouvelles théories

Le divorce sans notion de faute, qui a été introduit au Canada par la *Loi sur le divorce* de 1968, éliminait les justifications fondées sur le statut et la faute qui sous-tendaient le modèle traditionnel. Une obligation alimentaire fondée sur le statut présume que le mariage constitue en soi une promesse de soutien à vie, ce qui est contraire à la notion de la « non-pérennité » des liens du mariage sur laquelle repose le divorce sans notion de faute. Or le statut est étroitement relié à la faute, qui était la clé de voûte du modèle traditionnel.

Avec la disparition de la notion de faute, il n'était plus possible d'assimiler la pension alimentaire pour époux à des dommages-intérêts versés pour la perte du profit espéré d'une épouse innocente²⁵. Dans la mesure où il s'agissait simplement d'accorder à l'ex-époux ce qu'il aurait obtenu sans la dissolution du mariage, une obligation ne pouvait plus alors être imposée. En l'absence d'un manquement injustifié à une

²³ En pratique, toutefois, les ordonnances s'avèrent souvent moins généreuses, parce que le juge s'attache davantage à combler les besoins de base en ménageant la bourse de l'État qu'à protéger les attentes de l'épouse.

²⁴ Cette discussion touchant les premières méthodes de calcul des pensions alimentaires pour époux s'inspire de résumés fournis à l'institut de réforme du droit de l'Alberta, précité à la note 7, à la p. 69, et de McCall, précité à la note 7, aux pp. 7 et 8.

²⁵ On retrouve une excellente discussion sur l'importance accordée à la faute dans les modèles fondés sur les attentes; voir June Carbone, « The Futility of Coherence: The ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payments » (2002), 4 J. of Law and Family Studies 43.

promesse, pourquoi un époux serait-il obligé de se servir de ses « ressources » pour satisfaire les « besoins » de l'autre après divorce? Logiquement, soit qu'il fallait trouver une nouvelle explication pour justifier l'obligation alimentaire, soit que celle-ci devait être écartée.

Les règles de droit modernes en matière de pensions alimentaires pour époux peuvent être vues comme une série de réponses au défi théorique qui consistait à justifier l'imposition d'une obligation alimentaire entre les ex-époux dans le contexte d'une famille moderne. Il fallait remplacer, et c'était là le défi, les explications fondées sur le statut du mariage et la faute.

Comme le montrera l'examen suivant, il n'est pas clair que le statut a été entièrement éliminé de toutes les nouvelles théories. Certaines, parmi les plus généreuses, conservent un élément important rattaché au mariage en soi. La faute a été éliminée, mais des éléments du statut sont quand même restés; on peut sérieusement remettre en question la cohérence et la légitimité théoriques de principes reposant sur le statut sans la notion de faute. Depuis *Bracklow*, certains juges et avocats ont tendance à présumer que la pension non compensatoire ou fondée sur des besoins constitue essentiellement un retour au modèle traditionnel, où l'obligation alimentaire se justifiait par l'attente d'un soutien à vie créée par le mariage et par le fait qu'une personne ait pu profiter d'un certain niveau de vie durant l'union²⁶. Les bases théoriques de la pension dans ce contexte, en l'absence de la notion de faute attribuant la responsabilité de l'échec du mariage à l'une ou l'autre partie, sont douteuses.

C. La réadaptation, l'autonomie et la rupture nette

La première réponse à ce défi théorique – c'est-à-dire justifier la pension alimentaire destinée à l'ex-conjoint dans le nouvel environnement du divorce sans notion de faute – est très connue : il n'était plus possible d'imposer des obligations alimentaires après le divorce. La pension devait être versée à l'ex-conjoint pendant une période transitoire limitée afin de lui permettre de se « réadapter ». Une personne sans emploi pouvait recevoir une pension pour survivre pendant un certain temps, pendant qu'elle acquérait ou remettait à jour ses compétences en vue de se trouver un emploi ou d'atteindre l'autonomie financière. Dans d'autres situations, lorsque aucune modification de la capacité de l'ex-conjoint de gagner sa vie n'était envisagée après le divorce, la pension offrait aux époux gagnant un revenu moindre un certain délai pour réorganiser

²⁶ Voir par exemple *Tyerman v. Tyerman*, [1999] B.C.J. No. 2327 (C.S.), où les parties ont été mariées pendant seulement deux ans. L'épouse avait 61 ans au moment du mariage et son mari, 71 ans. Elle s'était dé faite du salon de coiffure qu'elle exploitait avant son mariage à la demande expresse du mari, qui ne voulait absolument pas qu'elle travaille. Elle n'a pu se trouver d'emploi après la séparation, et l'époux a été enjoint par ordonnance à lui verser une pension de 1 325 \$ par mois jusqu'à son décès. Le tribunal a conclu que l'épouse, en se mariant, s'attendait à ce que son mari soit son seul soutien financier pour le restant de ses jours. Même si des motifs compensatoires justifient la pension accordée dans *Tyerman*, compte tenu que l'épouse avait abandonné son emploi en raison du mariage dans des circonstances qui l'ont empêchée de se retrouver le même travail, il ressort en fin d'analyse que cette affaire s'articule autour des attentes qu'avaient l'épouse. Voir aussi les décisions mentionnées ci-après sous la rubrique « Obligation sociale fondamentale : modèle fondé sur la sécurité du revenu ».

leur vie et adapter leur niveau de vie « à la baisse ». En vertu de ces théories axées sur la réadaptation et la transition, les aliments destinés à l'ex-époux visaient à faciliter l'accès à l'autonomie de même qu'à encourager une rupture nette entre les époux aussi rapidement que possible.

Les « besoins » de l'ancien époux devaient donc être comblés, après une période de transition, par son propre revenu sinon par l'État. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son très influent document de travail sur la pension alimentaire publié en 1975²⁷, accordait une importance considérable à l'objectif de réadaptation et à la nature transitoire de l'obligation alimentaire envers l'ex-conjoint. En 1987, la trilogie de décisions rendues par la Cour suprême du Canada²⁸ a favorisé également le recours généralisé à ces concepts.

Il est possible d'imaginer un modèle axé sur la réadaptation où la pension alimentaire serait calculée selon l'évaluation du montant et de la période de versement de la pension qui seraient nécessaires pour que l'ex-époux obtienne une formation et entre sur le marché du travail grâce à ses propres compétences. Si la réadaptation n'était pas possible, une pension à vie pouvait être ordonnée. En pratique, toutefois, la réadaptation a cédé le pas à la « rupture nette », qui a donné lieu essentiellement à des ordonnances limitées dans le temps et à l'imposition de plafonds relativement stricts quant aux montants accordés. Les aliments étaient versés à l'ex-époux pendant des périodes de trois à cinq ans qui semblaient souvent définies arbitrairement. Malgré ses lacunes sur le plan de l'équité, le modèle de la rupture nette possédait une certaine dimension prévisible et cohérente : l'obligation était limitée, tant sur le plan de la durée que des montants, par les principes relatifs à l'autonomie financière des conjoints.

En partie à cause des preuves de plus en plus nombreuses de la détérioration alarmante de la situation économique des femmes et des enfants après l'échec du mariage, le modèle de la rupture nette a fait l'objet de critiques de plus en plus nombreuses en raison du traitement inéquitable qu'il engendrait pour les ex-époux. De nombreuses autres théories, que nous examinons ci-après, ont été proposées pour justifier une obligation élargie à l'égard des époux. En pratique, bien que le soutien transitoire ou la réadaptation ne soient plus les fondements exclusifs des ordonnances alimentaires à l'égard des ex-conjoints, ces notions n'ont pas disparu du droit et continuent encore d'influer sur les décisions rendues par les tribunaux dans certaines circonstances. Les

²⁷ Commission de réforme du droit du Canada, *Les divorcés et leur soutien*, document de travail 12 (Ottawa, Information Canada, 1975). Il est relativement difficile de classer les recommandations de la Commission dans un espace théorique : bien qu'une bonne partie du document aborde la pension alimentaire à la lumière des objectifs de transition et de la réadaptation, la Commission accorde aussi la primauté au fait que les aliments soient une réponse à « des besoins créés par le mariage », notion qui peut également être rattachée aux théories compensatoires, que nous verrons plus loin. Le document de travail a reconnu par ailleurs qu'il pourrait y avoir d'autres situations, à la suite d'un long mariage, où l'autonomie financière n'est pas possible et où un soutien permanent sera nécessaire.

²⁸ *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857 et *Caron c. Caron*, [1987] 1 R.C.S. 892.

nouvelles théories donnent lieu à des obligations étendues, mais elles doivent régler la question suivante : comment éviter de dissuader les ex-époux de réaliser leur capacité de gagner leur vie après le divorce? Comme nous le verrons dans l'examen qui suit, certaines des théories proposées pour remplacer le modèle de la rupture nette s'appuient fondamentalement sur des versements transitoires. Toutefois, les sommes en question sont plus généreuses et mieux adaptées à la durée du mariage que les montants calculés conformément au principe de la rupture nette.

D. Compensation de la perte économique; abandon de carrière et perte de possibilités (*loss of opportunity*)

Les théories compensatoires ont eu une influence déterminante lorsqu'on a tenté récemment de justifier l'obligation alimentaire envers l'ex-conjoint. Ces théories, dont celle d'Ira Ellman est l'exemple le plus connu²⁹, s'inspirent abondamment de la science économique³⁰ : elles énoncent que l'obligation alimentaire après le divorce peut se justifier par le besoin de compenser les pertes subies par l'ex-époux au chapitre de sa capacité de gagner sa vie ou de son « capital humain » en raison du rôle qu'il a joué pendant le mariage³¹. Malgré leurs différences dans les détails, elles s'articulent toutes autour du principe de la compensation d'une perte économique. Le niveau de vie durant l'union ou le revenu de l'autre époux n'ont finalement aucune pertinence : la pension alimentaire au profit du conjoint doit être calculée en fonction de la capacité de gagner sa vie qu'il aurait sur le marché du travail lors du divorce s'il ne s'était pas marié.

Les théories compensatoires exigent la présence d'une certaine causalité, ce qui signifie qu'une pension ne sera pas nécessairement accordée dans tous les mariages afin de répondre à un besoin économique postérieur au divorce; elle le sera uniquement s'il est possible d'établir un lien de cause à effet entre le mariage et la perte de capacité de l'ex-conjoint de gagner sa vie. Même si elles offrent une justification restreinte de la pension alimentaire pour époux, ces théories donnent au tribunal la possibilité de prononcer des ordonnances alimentaires assez généreuses lorsque l'ex-époux a subi des pertes considérables sur le plan de sa capacité de gagner sa vie du fait qu'il a quitté la

²⁹ Ira Ellman, « The Theory of Alimony » (1989), 77 Calif. L. Rev. 3, réimpression au Canada dans (1989), 5 Can. Fam. L. Q 1. Ellman développe sa théorie dans un article subséquent, « Should the Theory of Alimony Include Nonfinancial Losses and Motivations? » [1991] B.Y.U. L. Rev. 259. Un autre adepte de la théorie compensatoire est Allan Parkham, *No Fault Divorce: What Went Wrong?* (Boulder, Col: Westview Press, 1992).

³⁰ Bon nombre de théories compensatoires découlent du souci d'efficacité économique et des efforts visant à créer des incitatifs au partage dans les familles de manière à maximiser les gains attribuables au mariage.

³¹ Selon la théorie d'Ellman, les demandes fondées sur la perte de capacité de gagner sa vie seraient limitées aux cas où cette perte est survenue en vue de promouvoir la carrière de l'autre époux, entre autres à la suite d'un déménagement ou de la prise en charge de responsabilités dans l'éducation des enfants. La perte subie pour des motifs liés au style de vie ne justifierait aucune pension.

population active pendant de longues périodes – il s’agit certainement de montants plus élevés qu’en vertu de l’approche fondée sur la rupture nette.

Les théories compensatoires ont manifestement eu une incidence notable sur l’évolution de notre droit en matière de pensions alimentaires pour époux. Dans son document de travail sur la pension alimentaire, publié en 1975, la Commission de réforme du droit du Canada³² a appuyé indirectement le principe de la compensation lorsqu’elle a énoncé l’idée que le droit de l’ex-époux à des aliments découle non pas du mariage mais de la séparation des rôles matrimoniaux qui a eu pour effet de nuire à sa capacité de subvenir à ses propres besoins. On trouve dans *Moge* une adhésion plus directe et explicite au principe de la compensation, car la Cour suprême s’y est effectivement appuyée sur la doctrine la plus récente favorable aux théories compensatoires.

Le principe compensatoire énoncé dans l’arrêt *Moge*, à qui la Cour suprême a donné, de son propre aveu, une portée extrêmement vaste, exigeait donc le partage équitable entre les époux des conséquences économiques du mariage et de son échec. Ce principe pouvait être interprété (et l’a été) de bien des façons différentes à la lumière des multiples théories. On peut constater, cependant, que la Cour suprême s’est attachée au fond dans ce jugement à compenser la perte de possibilités économiques subie en raison des rôles adoptés durant le mariage, particulièrement ceux qui touchaient les soins passés et continus donnés aux enfants et qui ont entraîné un sacrifice plus lourd de la part d’un des époux sur le plan professionnel.

Les théories compensatoires trouvent un grand nombre de partisans, car elles offrent une justification théorique solide du versement d’une pension alimentaire à l’époux après le divorce dans le droit moderne de la famille³³. Elles ont toutefois soulevé des problèmes aussi bien en pratique qu’en théorie, et ces problèmes se sont manifestés dans la jurisprudence postérieure à *Moge*; ils ont par ailleurs créé des conditions propices à la restructuration subséquente du cadre des pensions alimentaires pour époux qui s’est effectuée dans *Bracklow*, cadre qui englobe désormais d’autres théories de nature non compensatoire.

En pratique, les théories compensatoires sont difficiles à mettre en œuvre : il faut en effet que le demandeur prouve la perte de capacité de gagner sa vie. Comme ces preuves exigent un témoignage d’expert, elles s’avèrent coûteuses, sans compter qu’elles peuvent être difficiles à obtenir, particulièrement dans le cas d’un long mariage où l’ex-époux demandant la pension n’avait pas amorcé de véritable carrière avant de rester à la maison pour prendre soin du ménage et des enfants³⁴. Les estimations de cette perte

³² Précitée à la note 27.

³³ Voir Carbone, précité à la note 25.

³⁴ Dans son article initial, précité à la note 29, Ellman reconnaissait les difficultés de mise en œuvre du principe compensatoire et mentionnait le recours à des mesures substitutives de la perte en se basant sur des preuves statistiques relatives à l’ordonnance moyenne prononcée dans ces dossiers. Il était

deviennent donc très hypothétiques. Il faut aussi résoudre d'épineuses questions factuelles relatives à la causalité : pourquoi un des époux a-t-il quitté le marché du travail ou choisi un emploi moins bien rémunéré? Était-ce en raison de choix et d'intérêts personnels ou bien à cause du mariage? Et qu'en est-il des choix qui ont été faits en raison des attentes de la société?

Il n'est donc pas surprenant que les juges, dans la foulée de *Moge*, aient réagi à ces problèmes de « mise en œuvre » en ayant recours à des mesures substitutives de la perte économique. Le « besoin » est alors devenu une solution commode pour mesurer le désavantage économique, de sorte que l'époux éprouvant des besoins financiers était présumé subir les inconvénients économiques du mariage; en revanche, celui qui n'était pas dans le besoin était présumé ne pas avoir été désavantagé de la sorte. Sans compter que le besoin était mesuré, du moins dans les mariages de longue durée, à la lumière du niveau de vie durant le mariage. La pension alimentaire visait donc à permettre à l'ex-conjoint, lorsqu'elle était conjuguée au revenu que celui-ci pouvait raisonnablement s'attendre à gagner, d'atteindre un niveau de vie « raisonnable » compte tenu de celui qu'il avait connu pendant le mariage³⁵. Le modèle compensatoire se transformait donc peu à peu pour ressembler au modèle traditionnel axé sur le besoin et le niveau de vie.

Les propositions de l'ALI, dont nous discuterons plus en détail à la partie IV ci-dessous, illustrent également l'utilisation de mesures substitutives de la perte de la capacité de gagner sa vie qu'a subie l'époux ayant assuré la responsabilité première du ménage, ce qui semble contraire aux hypothèses de base de la théorie compensatoire. L'ALI a choisi de mesurer cette perte d'après la disparité des revenus des époux à la fin du mariage; le revenu du payeur est devenu en conséquence une mesure de la perte économique. Les rédacteurs de ces propositions expliquent leur choix en invoquant l'hypothèse, quelque peu contestable, que des gens tendent à choisir des partenaires ayant une situation économique semblable à la leur^{35a}. Le partage des revenus, où la pension alimentaire pour époux est déterminée en fonction d'un pourcentage de la différence

conscient que la précision était finalement un objectif inatteignable et que la détermination de la pension alimentaire restera soumise à l'approximation du pouvoir discrétionnaire en première instance. Il affirmait par contre, dans l'extrait précité à la note 22, qu'il vaut mieux connaître le principe en jeu et la démarche idéale, même si celle-ci n'est peut-être pas réalisable en pratique. Comme nous le verrons ci-dessous, en sa qualité de rapporteur en chef du projet de l'ALI (*Principles of Family Dissolution*), Ellman a préconisé une mesure substitutive de la perte qui représentait des compromis notables sur le principe – une mesure fondée sur la disparité des revenus entre les époux lors de la rupture du mariage.

³⁵ Dans certains cas, on a dit que le principe applicable aux mariages de longue durée visait à assurer des niveaux de vie semblables aux deux parties. Le recours à des mesures substitutives du besoin et du niveau de vie pour calculer la perte de possibilités est analysé par le juge d'appel Bastarache (maintenant juge de la Cour suprême) à la p. 7 de *Ross v. Ross* (1995), 16 R.F.L. (4th) 1 (C.A.N.-B.) (cité dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518):

« Dans les causes où il n'est pas possible de mesurer l'ampleur de la perte économique de l'époux désavantagé [. . .] la cour considère les besoins et le niveau de vie comme critères premiers, avec la capacité de payer de l'autre partie.»

^{35a} D'après cette hypothèse, l'épouse aurait vraisemblablement gagné le même revenu que son mari si elle n'avait pas assumé la responsabilité première de l'éducation des enfants.

entre les revenus des deux parties, est donc devenu un mécanisme pratique pour mettre en œuvre le principe compensatoire.

Les mesures substitutives de la perte économique fondées sur le niveau de vie des époux et sur le revenu du payeur représentent sans doute un compromis rendu nécessaire parce qu'on avait besoin en pratique de sacrifier à la pureté théorique pour se doter de principes fonctionnels. Cependant, l'écart entre les mesures substitutives et la théorie compensatoire laisse à penser également que d'autres considérations peuvent entrer en jeu. Même si certains ont affirmé que les problèmes de mise en œuvre constituent la principale faiblesse de la théorie de la compensation, d'autres estiment qu'elle est douteuse et ont donc créé toute une gamme de principes différents qui sont regroupés ci-après sous la rubrique des théories fondées sur le partage des revenus.

E. Théories fondées sur le partage des revenus

Les premières théories compensatoires ont été critiquées parce qu'elles étaient fondées sur la perte de possibilités (*loss of opportunity*), principe qui correspondrait à une vision déformée et inadéquate de la relation conjugale de par son caractère trop individualiste et trop centré sur le marché³⁶. De nouvelles théories ont donc mis l'accent sur la dimension relationnelle du mariage de même que sur la fusion des aspects économiques et non économiques de la vie des époux. Bien qu'elles divergent sur le plan des détails et des principes justificatifs, ces théories voient toutes plus ou moins le mariage comme une communauté ou un partenariat répondant à des normes de confiance et de partage. Les revenus des époux sont donc assimilés, pour une raison ou une autre, à des revenus conjoints que les époux ont le droit de partager pendant une certaine période après l'échec du mariage.

Ces théories sont dites « fondées sur le partage des revenus », parce qu'elles portent directement sur les revenus postérieurs au divorce des époux et qu'elles obligent le conjoint qui gagne le revenu le plus élevé de transférer une partie de son revenu à l'autre. Elles engendrent plus facilement des règles axées sur l'application de formules pour le partage des revenus après le divorce, et la durée du mariage joue souvent un rôle crucial lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de répartition. Le partage des revenus est justifiable en tant que principe, non pas simplement pour remplacer très approximativement une autre mesure (celle de la perte économique, par exemple). Nous passerons en revue plus loin différentes variantes de ces théories sur le partage des revenus.

Les décisions rendues après l'arrêt *Moge* dénotent, au moins indirectement, la mise en application de bon nombre de ces théories, même si elles n'expriment pas avec la même précision que la doctrine les préoccupations soulevées par la compensation de la perte économique. L'insatisfaction initiale suscitée par une approche axée strictement sur

³⁶ Voir Jana Singer, « Alimony and Efficiency: The Gendered Costs and Benefits of the Economic Justifications for Alimony » (1994), 82 *Georgetown Law Journal* 2423.

la perte économique s'est manifestée par l'adaptation du principe compensatoire énoncé dans *Moge* de manière à élargir les fondements de l'obligation alimentaire. Les tribunaux ont en effet commencé à étendre le principe compensatoire pour qu'il englobe la compensation des inconvénients économiques subis à cause du mariage de même que la compensation des conséquences économiques de l'échec de l'union (c'est-à-dire la perte de l'accès aux revenus de l'autre conjoint et la chute du niveau de vie). Dans *Bracklow*, cependant, la Cour suprême du Canada a réagi en reconnaissant expressément une autre justification aux aliments destinés à l'ex-époux – qui deviennent alors un paiement non compensatoire calculé en fonction du besoin seulement.

Devant certaines limites de la théorie compensatoire étroite fondée sur la perte économique, il n'est pas surprenant que les bases justifiant la pension alimentaire pour époux soient quelque peu élargis. Toutefois, la pension non compensatoire mentionnée dans *Bracklow* repose sur des arguments nébuleux du point de vue conceptuel. Cette décision de la Cour suprême, qui ne s'inspire d'aucun auteur décrivant de nouvelles théories en matière de pensions alimentaires pour conjoints, n'a pas fourni de base théorique cohérente justifiant la pension non compensatoire, ce qui a engendré des interprétations considérablement différentes de la part des juges et des avocats. En partant des théories récentes sur le partage des revenus dont nous faisons état plus loin, il est possible de concevoir une approche davantage fondée sur des principes en ce qui concerne la pension alimentaire non compensatoire, plus particulièrement la théorie de la « fusion au fil des années » (*merger over time*).

(a) Premier modèle de partage des revenus : partage des gains conjugaux; compensation au titre des contributions et des avantages; partenariat conjugal

Certaines théories fondées sur le partage des revenus conservent une orientation essentiellement compensatoire, parce qu'elles mettent l'accent les aspects économiques de la relation conjugale. Elles s'attachent particulièrement aux conséquences économiques de la séparation des tâches au sein de la famille d'après le sexe de la personne et visent à les compenser. Elles rejettent toutefois le calcul individualisé de la perte de capacité de gagner sa vie de l'épouse en ne considérant pas cette solution comme une mesure ou une évaluation appropriée de sa contribution non financière au mariage. Elles envisagent plutôt l'union comme un partenariat où les deux conjoints déploient des efforts communs qui leur donnent droit au partage égal des profits du mariage lors de sa dissolution.

Ce concept de partenariat justifie que l'épouse reçoive compensation pour ses contributions au mariage en bénéficiant d'une partie de la capacité de gagner sa vie ou du capital humain que son époux a acquis durant leur union. La perte de capacité de gagner sa vie de l'épouse est reliée au fait que le mari a pu conserver et même développer son potentiel à ce titre. Le revenu gagné après le divorce constituerait un genre de « profit » découlant des efforts conjoints déployés pendant le mariage, ce qui en justifie le partage. Ces théories s'appuient donc sur la plus-value du capital humain, où la *contribution* remplace la *perte* comme principe fondamental justifiant une ordonnance alimentaire à

l'égard de l'époux. Cette pension devient alors, de la même manière que les biens patrimoniaux, un droit, une récompense versée en contrepartie des tâches accomplies au sein du mariage. Le défi consiste à déterminer quelle portion des revenus postérieurs au divorce est attribuable aux efforts conjugaux; la majorité des théories s'appuient sur la durée du mariage comme facteur déterminant.

Jana Singer offre un modèle de « partenariat égal » qui impliquerait le partage de l'ensemble des revenus (c'est-à-dire l'égalisation des revenus) d'après un ratio de un an de partage pour chaque tranche de deux années de mariage³⁷. Voilà donc un exemple de partage des revenus en fonction du partage des investissements des conjoints dans le capital humain. D'autres propositions s'attachent également au partage du produit des efforts communs des époux en tentant plus précisément de cerner les gains au chapitre de la capacité de gagner sa vie ou du capital humain durant le mariage; des formules servent ensuite à répartir ces gains d'après la durée du mariage³⁸.

La jurisprudence contient certainement des exemples où les tribunaux se servent de la pension alimentaire pour compenser les contributions d'un époux à la capacité de gagner sa vie de l'autre. Cependant, les demandes de pension au titre d'un « remboursement » fondées sur des principes de restitution n'ont habituellement été accueillies que dans les cas où le conjoint avait apporté une contribution très « directe », soit sous forme de main-d'œuvre ou d'argent, à l'épanouissement professionnel de l'autre époux. C'est le cas en général lorsqu'un des époux a payé les études de l'autre sans profiter de son investissement parce que le mariage a pris fin peu après l'obtention du diplôme^{38a}. Lorsque le conjoint a contribué en prenant soin des enfants et du foyer, son apport a généralement été analysé d'après les pertes subies plutôt qu'en fonction des gains du mari.

Il existe toutefois quelques décisions récentes qui ont adopté une approche élargie, fondée sur le partenariat conjugal, afin d'évaluer les contributions non financières de l'épouse au mariage, particulièrement la prise en charge d'une part disproportionnée

³⁷ Jana Singer, « Divorce Reform and Gender Justice » (1989), 67 N.C. L. Rev. 1103; voir Singer *ibid.*

³⁸ Voir par exemple Cynthia Starnes, « Divorce, and the Displaced Homemaker: A Discourse on Playing with Dolls, Partnership Buyouts, and Dissociation Under No-Fault » (1993), 60 U. Chic. L. Rev. 67. Starnes ne cherche pas en premier lieu à égaliser les revenus, mais bien à recenser les hausses de revenu durant le mariage et à répartir la différence conformément à une échelle dégressive fondée sur le nombre d'années de mariage. Voir également Robert Kirkman Collins, « The Theory of Alimony Residuals: Applying an Income Adjustment Calculus to the Enigma of Alimony » (2001), 24 Harv. Women's L.J. 23. Collins adopte le principe du partage équitable des avantages économiques résiduel tirés du travail accompli durant le mariage et propose un régime de partage des revenus postérieurs au divorce baissant de 50 % à zéro au cours de cinq périodes égales délimitées selon la durée du mariage. Il reconnaît aussi un effet secondaire avantageux de cette théorie : l'absorption égale du choc économique causé par la séparation. Cette démarche s'appuie sur d'autres préoccupations relatives à l'autonomie et à la transition, non pas sur la compensation du travail accompli pendant le mariage.

^{38a} Voir par exemple *Caratun v. Caratun* (1993), 42 R.F.L. (3d) 113 (C.A. Ont.).

des responsabilités dans l'éducation des enfants. On en retrouve un bon exemple dans la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Marinangeli*³⁹ : le fait que l'épouse se soit occupée des enfants aura ainsi donné au mari toute la liberté voulue pour se consacrer à son travail en ayant en même temps la possibilité d'avoir des enfants. Dans ces décisions, les tribunaux ont commencé à souligner les avantages économiques que le mari aurait acquis grâce au mariage; ils ont alors justifié l'ordonnance accordant à l'épouse une partie des gains postérieurs au divorce du fait qu'elle aurait contribué à la capacité de gagner sa vie du mari, même si elle gagnait ce qu'elle aurait obtenu en dehors du mariage. Dans *Marinangeli*, par exemple, cette « compensation au titre des avantages » a servi à justifier une augmentation des aliments versés à l'épouse pour permettre à celle-ci de profiter de la hausse du revenu du mari après le divorce.

Même si la compensation au titre de la contribution ou des avantages qui ont été conférés à l'autre époux peut justifier avec raison qu'une pension alimentaire soit versée à l'épouse dans certaines situations – il reste à déterminer lesquelles – il est difficile d'en conclure que le partage des revenus devrait s'appliquer à tous les mariages. Dans certains cas, il sera simplement difficile de faire valoir, sur la base des faits, que l'époux gagnant le revenu le plus élevé a tiré des gains économiques du mariage ou que sa capacité de gagner sa vie à la dissolution du mariage découle substantiellement des contributions de l'autre conjoint. Il y a donc lieu de trouver d'autres justifications à des régimes étendus de partage des revenus.

(b) Deuxième modèle de partage des revenus : reconnaissance de l'interdépendance des conjoints, paiements transitoires, le mariage en tant que communauté, la fusion au fil des années

Selon d'autres théories du partage des revenus, le partage n'est pas justifié exclusivement à la lumière des gains et des pertes de capital humain découlant du mariage : il se fonde plutôt sur l'interdépendance ou la fusion de la vie des conjoints durant leur union. Il peut s'agir d'efforts mis en commun et du partage des gains, mais aussi d'importants éléments comme les attentes, la dépendance, l'obligation et la responsabilité. Le partage des revenus s'effectue donc sur certaines périodes parce qu'il est difficile de démêler deux vies étroitement reliées; la durée du partage croît en général

³⁹ *Marinangeli v. Marinangeli* (2001), 16 R.F.L. (5th) 326 (C.S.J. Ont.), décision portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. L'épouse a-t-elle droit à une augmentation de sa pension alimentaire à la suite d'une hausse du revenu de son mari après le divorce? Le juge de première instance a reconnu ce droit parce qu'elle avait contribué à la capacité du mari de gagner sa vie en prenant soin des enfants pendant le mariage, ce qui a laissé à l'époux la possibilité de travailler. L'arrêt *Waterman v. Waterman* (1996), 16 R.F.L. (4th) 10 (C.A.T.-N.) en est un autre exemple : la Cour d'appel de Terre-Neuve a reformulé le concept de la pension compensatoire en la définissant comme un partage des biens patrimoniaux (le revenu) plutôt qu'une compensation d'une perte. Dans d'autres affaires tranchées récemment, l'analyse de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux a reconnu la contribution de l'épouse au succès financier du mari lorsqu'elle a assumé la responsabilité du foyer et de l'éducation des enfants; voir *Merritt v. Merritt*, [1999] O.J. No. 1732 (C.S.J.); *Schmuck v. Reynolds Schmuck* (1999), 50 R.F.L.(4th) 429 (C.S.J. Ont.); *Lyttle v. Bourget*, [1999] N.S.J. No. 298 (C.S.); *Weir v. Weir* (2000), 11 R.F.L. (5th) 233 (C.S.C.-B.).

en fonction du nombre d'années de mariage. Deux principes différents dominent ces théories : les paiements transitoires et la fusion au fil des années. Nous les décrirons tour à tour.

(i) Paiements transitoires

Bon nombre des théories fondées sur le partage des revenus assimilent essentiellement la pension alimentaire destinée à l'ex-conjoint à des « paiements transitoires », qui sont néanmoins beaucoup plus généreux que les sommes prévues en vertu des théories de la rupture nette. Une grande partie d'entre elles donnent lieu à des lignes directrices qui rendent l'égalisation des revenus obligatoire pendant des périodes déterminées d'après la durée du mariage, alors que le montant des paiements (c'est-à-dire le pourcentage de partage) varie aussi dans certains cas selon le nombre d'années de mariage.

La théorie de Jane Ellis se fonde expressément sur des paiements transitoires et offrirait aux époux une période initiale d'égalisation des revenus (par exemple, un an pour chaque tranche de cinq années de mariage); il s'ensuivrait le partage des revenus en fonction de pourcentages dégressifs baissant à zéro pendant le nombre d'années qui restent avant d'atteindre une période maximale correspondant à la moitié de la durée du mariage⁴⁰.

Un des deux modèles qu'a proposés Stephen Sugarman par la suite⁴¹ se fondait sur la notion d'un « préavis équitable » (l'autre – la « fusion au fil des années » – sera décrite plus loin). Selon la théorie du préavis équitable, les revenus seraient partagés également pendant une période proportionnelle à la durée du mariage, par exemple un an de partage pour chaque tranche de deux années de mariage.

Plus récemment, Milton Regan a justifié les aliments au profit de l'ex-conjoint en se basant sur une vision du mariage en tant que communauté où deux personnes vivent ensemble et accordent préséance à leur bien-être commun ainsi qu'à des obligations mutuelles plutôt qu'à leur intérêt personnel. À ses yeux, la pension alimentaire pour époux permet d'assurer la transition en toute sécurité d'une communauté conjugale à une existence sans l'autre conjoint; plus le mariage avait duré longtemps, plus la période de transition devrait être longue. Il propose plus précisément un partage qui se traduirait par l'égalisation des revenus durant une période équivalant à la durée du mariage⁴².

⁴⁰ Jane Ellis, « New Rules for Divorce: Transition Payments » (1993-94), 32 U. of Louisville J. of Fam. L 601. Notamment, un mariage de dix ans donnerait lieu à un partage égal pendant deux ans, suivi par trois années où le partage tomberait de 50 % à zéro. À son avis, on pourrait bâtir un tableau assorti de multiplicateurs qui permettrait de calculer les montants rapidement sans aide professionnelle.

⁴¹ Stephen D. Sugarman, « Dividing Financial Interests Upon Divorce » dans *Divorce Reform at the Crossroads*, Stephen D. Sugarman et Herma Hill Kay, dir. (New Haven, Yale University Press, 1990).

(ii) Fusion au fil des années

Le deuxième modèle de Stephen Sugarman, fondé sur ce qu'il appelle la « fusion au fil des années »⁴³, diffère des modèles axés sur les paiements transitoires que nous avons décrits plus haut parce qu'il ne prescrit pas de limites temporelles, restreignant plutôt les sommes accordées. D'après cette théorie, les revenus postérieurs au divorce seraient partagés sur une période *indéfinie*, mais le pourcentage de répartition varierait d'après la durée du mariage. Il suggère par exemple que chaque époux obtienne une part de 1,5 ou 2 % du capital humain ou des revenus futurs de l'autre pour chaque année de mariage, le tout assorti d'un plafond de 40 % ou de 20 ans. Cette proposition part du principe que le capital humain de l'époux se fusionne avec celui de l'autre au fil des années plutôt que d'être attribué à chacun séparément. La fusion au fil des années repose donc en partie sur l'idée que les conjoints contribuent tous deux à un capital humain. Elle reconnaît néanmoins l'interdépendance et la fusion des aspects économiques de la vie des époux qui surviennent avec les années, de sorte que les conjoints n'assimilent plus le capital humain comme étant le leur propre et que l'identité ainsi que la capacité de gagner sa vie de l'époux vivant à la charge de l'autre se fond dans la communauté du mariage⁴⁴.

Cette théorie de Sugarman a joué un rôle déterminant aux États-Unis, comme nous le verrons à la partie IV, où elle a influé grandement sur la structure des lignes directrices proposées par l'ALI ainsi que celle des lignes directrices adoptées par la suite dans le comté de Maricopa, en Arizona. Dans les deux cas, un aspect fondamental tiré des travaux de Sugarman, ce qu'il appelle le « facteur duratif », fait varier le pourcentage des revenus partagés à la durée du mariage.

(iii) Bracklow et le partage des revenus

Même si la Cour suprême n'a mentionné expressément dans *Bracklow* aucun ouvrage théorique offrant des solutions de rechange au modèle compensatoire, une partie des termes utilisés pour parler de « l'interdépendance » afin de décrire la justification de la pension non compensatoire⁴⁵ sont empruntés aux modèles de la fusion au fil des années

⁴² Milton C. Regan, Jr., *Family Law and the Pursuit of Intimacy* (New York et Londres, New York University Press, 1993) et *Alone Together: Law and the Meanings of Marriage* (New York, Oxford University Press, 1999). Sa proposition s'apparente donc à celle de Singer, précité à la note 37, malgré une justification différente.

⁴³ Précité à la note 41.

⁴⁴ À la p. 160.

⁴⁵ L'obligation de verser une pension non compensatoire en vue de combler les besoins de l'ex-époux ne découle pas, selon la Cour, du mariage en soi mais bien de la façon dont les époux ont organisé leur vie commune. Plus expressément, cette obligation est née de l'*interdépendance* économique créée par le mariage. Selon la Cour suprême, au paragraphe 30, le mariage crée en effet « des interdépendances dont il est difficile de se défaire »; au paragraphe 31, elle reconnaît que, « lorsque des gens cohabitent pendant

ou des paiements transitoires que nous avons décrits ci-dessus. Ces théories permettent sans doute d'interpréter et de structurer les obligations alimentaires non compensatoires en fonction de principes. Il est certain qu'une partie des arrêts rendus après *Bracklow* sur la pension non compensatoire peuvent être considérés découler indirectement ou du moins partiellement de ces théories. Dans certaines affaires, par conséquent, y compris le nouveau procès ordonné dans l'affaire *Bracklow* elle-même⁴⁶, les tribunaux ont rattaché l'obligation alimentaire à la durée du mariage et ont été enclins à imposer des limites temporelles à l'obligation de soutien non compensatoire lorsqu'un mariage était de courte et même de moyenne durée. L'arrêt *Bracklow* reste néanmoins ambigu et empreint de confusion, puisqu'il porte à croire que la pension non compensatoire se fonde sur la notion du « besoin en soi » et sur une « obligation sociale fondamentale » assumée par les époux. En outre, la Cour suprême a refusé de faire sans équivoque de la durée du mariage une mesure « substitutive » de l'interdépendance.

(c) Conséquences des théories fondées sur le partage des revenus

Ces théories, qu'elles soient axées sur le partage de la plus-value du capital humain ou sur la reconnaissance de l'interdépendance qui découle de la fusion de deux vies au fil des ans, possèdent des attraits parce qu'elles donnent lieu à des règles faciles d'application pour le calcul des aliments destinés à l'ex-conjoint. D'un point de vue théorique, cependant, leur bien-fondé reste douteux. Selon certains, elles tiennent compte davantage de la nature de la relation conjugale et offrent une répartition plus équitable des ressources économiques à la dissolution du mariage que les théories de la rupture nette ou les principes compensatoires (perte économique). Le recours à la durée du mariage pour structurer et limiter l'obligation alimentaire semble suffisant pour distinguer ces théories du modèle traditionnel, et désormais indéfendable, qui fait reposer la pension alimentaire pour époux sur la promesse d'un soutien à vie découlant du mariage en soi.

Pour d'autres, le partage des revenus suppose d'accorder à nouveau une trop grande importance aux obligations liées au mariage en soi. Cette démarche serait incompatible avec la reconnaissance, en droit moderne de la famille, de l'autonomie des conjoints et de la possibilité de dissoudre un mariage. Le partage des revenus est assimilé au modèle traditionnel de la pension alimentaire pour époux, où les obligations se fondent sur le mariage en soi, mais sans la notion de faute qui était auparavant la pierre angulaire des théories traditionnelles. Les observateurs qui éprouvent ces inquiétudes ont tendance à privilégier une théorie compensatoire individualiste suivant laquelle une pension serait versée à l'ex-époux seulement lorsque le mariage et les rôles conjugaux ont engendré une

un certain temps dans une relation familiale, leurs affaires peuvent devenir entremêlées et impossibles à démêler de manière ordonnée.»

⁴⁶ Voir *Bracklow v. Bracklow* (1999), 3 R.F.L. (5th) 179, où une période maximale de cinq années est fixée, après une relation de huit ans, aux fins de l'obligation alimentaire, malgré le besoin permanent de M^{me} Bracklow. Compte tenu de la pension provisoire, la période de versement de la pension équivaut à peu près à la durée de l'union.

perte de capacité de gagner sa vie pouvant être chiffrée. Les contradictions entre la compensation et le partage des revenus créent une tension omniprésente dans nos règles de droit actuelles.

F. Obligation sociale fondamentale : modèle fondé sur la sécurité du revenu

Une notion a reçu peu d'appuis de la part des auteurs pour justifier la pension alimentaire pour époux, mais elle continue d'être appliquée en pratique. Il s'agit de l'idée suivant laquelle les familles ont la responsabilité sociale fondamentale de répondre au besoin de sécurité financière de leurs membres. Ses origines remontent loin dans l'histoire de la pension alimentaire pour époux^{46a} et sont influence continue de se faire sentir. La pension alimentaire pour époux est ainsi vue comme l'obligation de satisfaire aux besoins de base de l'ex-conjoint et découle clairement du statut, c'est-à-dire des obligations assumées lors du mariage^{46b}. Si l'ex-conjoint n'est pas en mesure de combler ces besoins de base, la pension qui lui est destinée ne sera pas limitée dans le temps, quoique la définition des besoins de base en limiterait le montant.

Cette justification est attribuable au souci d'économiser les ressources publiques, préoccupation qui relève de la politique publique et exige que les besoins de base des ex-époux soient d'abord satisfaits au moyen de ressources privées. C'est la famille, et non pas l'État, qui possède ainsi la responsabilité première à cet égard envers ses membres. En outre, cette théorie mise inévitablement sur la sympathie des juges à l'endroit de conjoints qui se trouvent dans une situation financière désespérée; elle reconnaît également, d'une part, l'opprobre rattachée à l'aide sociale et, d'autre part, les prestations peu généreuses versées par l'État.

Cette obligation sociale fondamentale soulève une foule de questions conceptuelles épineuses : si la famille constitue la source première de sécurité financière pour les personnes dans le besoin, qu'advient-il de la responsabilité d'autres membres de la famille à l'égard, par exemple, de parents et d'enfants adultes? De plus, les fondements théoriques deviennent douteux en l'absence d'une notion de faute. D'ailleurs, cette théorie ne donne pas lieu à des ordonnances alimentaires comparables aux pensions accordées dans le passé en fonction du niveau de vie des époux. Il s'agit d'une obligation purement fondée sur le statut et donc vulnérable sur le plan théorique; elle continue toutefois d'avoir une influence sur les tribunaux.

^{46a} Même à l'époque où la notion de faute entrait en considération, quand les principes qui sous-tendaient la pension alimentaire auraient pu enlever à l'épouse ayant commis un délit conjugal tout droit à des aliments, les préoccupations relevant de la politique publique prévalaient en pratique pour justifier l'octroi d'un certain montant dans le but d'empêcher que la femme devienne une charge pour l'État.

^{46b} Afin de connaître un exemple récent où une pension alimentaire a été accordée pour cette raison, voir *Skoreyko v. Skoreyko* (2002), 28 R.F.L. (5th) 440 (C.S.C.-B.) (les deux parties ont occupé un emploi durant leurs 15 années de mariage et n'ont pas eu d'enfants; l'épouse a perdu la vue après la rupture et son mari a dû lui verser une pension).

Dans l'arrêt *Moge*, la juge L'Heureux-Dubé a déclaré que les dispositions de la *Loi sur le divorce* relatives aux aliments au profit de l'époux, particulièrement la mention de « toute difficulté économique », malgré la prédominance des objectifs compensatoires, peut « embrasser la notion selon laquelle la charge première de l'obligation alimentaire conjugale devrait incomber aux membres de la famille *et non* à l'État »^{46c}. La Cour suprême s'inspire de cet énoncé dans l'affaire *Bracklow* pour justifier la reconnaissance d'un argument non compensatoire bien que la teneur du jugement porte à croire que la pension alimentaire non compensatoire peut être le résultat des théories fondées sur le partage des revenus fondées sur la fusion au fil des années; malgré tout, certains propos de la Cour suprême dénotent fortement l'influence de l'obligation sociale fondamentale. En effet, la pension alimentaire non compensatoire serait fondée sur les « besoins seuls » et est décrite expressément comme une « obligation sociale fondamentale » prise en charge lors du mariage. La Cour suprême définit ainsi le modèle de mariage fondé sur l'« obligation mutuelle », qui sous-tend la pension alimentaire non compensatoire :

[...] elle impose aux partenaires de la relation, plutôt qu'à l'État, l'obligation principale de verser des aliments au partenaire dans le besoin qui est incapable de parvenir à l'indépendance économique après le mariage, reconnaissant qu'il pourrait être injuste d'obliger un ex-partenaire sans ressources à joindre les rangs des assistés sociaux⁴⁷.

G. Partenariat parental

Une nouvelle variante des théories fondées sur le partage des revenus, ce que June Carbone appelle la « deuxième vague »⁴⁸, découle des obligations inhérentes au statut de parents plutôt que de la relation conjugale en soi. Ces théories, qu'on pourrait qualifier de théories du « partenariat parental », s'attachent à la situation de jeunes femmes qui divorcent après un mariage de courte durée et ont la charge des enfants. Les principes du partage des revenus que nous avons analysés plus haut exigent essentiellement l'examen des obligations imputables à la relation conjugale et s'appuient sur la durée du mariage pour mesurer le degré de fusion des aspects économiques de la vie des deux partenaires et, donc, l'étendue de l'obligation de partager les revenus postérieurs au divorce. Par conséquent, les ordonnances alimentaires seront relativement peu élevées lorsque le mariage a été de courte durée. Les nouvelles propositions fondent plutôt le partage sur la présence d'enfants mineurs; le facteur déterminant n'est donc pas le nombre d'années de mariage, mais bien la période où des soins doivent être donnés aux enfants, ce qui inclut

^{46c} *Moge*, précité à la note 2, à la p. 865.

⁴⁷ Au paragraphe 31. Voir également *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, où la Cour suprême du Canada a reconnu, lorsqu'elle a dû justifier l'imposition d'obligations alimentaires à des conjoints de même sexe, qu'un des objectifs de la pension alimentaire consiste à « alléger le fardeau financier de l'État » en faisant peser l'obligation de fournir des aliments aux personnes indigentes non plus sur l'État mais sur les conjoints.

⁴⁸ Voir June Carbone, « Income Sharing: Redefining the Family In Terms of Community » (1994), 31 *Houston L. Rev.* 359.

les années suivant le divorce. Le partage des revenus pourrait s'étaler sur une période beaucoup plus longue que le mariage.

À la lumière de ces principes de partage des revenus, qui s'articulent autour de la présence d'enfants mineurs, la pension alimentaire pour époux est justifiée parce que les aliments pour enfants ne tiennent pas compte de tous les coûts de l'éducation des enfants. Deux arguments viennent alors plus spécifiquement justifier le partage des revenus des conjoints. Tout d'abord, même après le divorce, le parent gardien conserve une capacité moindre de gagner sa vie; il est donc nécessaire qu'il reçoive une pension en conséquence⁴⁹. Toutefois, bon nombre de ces théories soulignent aussi une obligation plus directe d'un parent envers ses enfants, soit celle de leur procurer un niveau de vie équivalant au sien. Or, le niveau de vie des enfants est celui du ménage, déterminé en grande partie par le revenu du parent gardien. Les distinctions entre les deux formes de pensions s'en trouvent ainsi atténuées, car elles servent toutes deux à maintenir le niveau de vie du parent gardien et des enfants.

La proposition avancée par Joan Williams en matière de partage des revenus reflète le concept du partenariat parental. S'appuyant sur le « salaire idéal d'un travailleur », elle préconise l'égalisation des niveaux de vie des ménages pendant la période de dépendance financière des enfants, puis l'égalisation pendant un an pour chaque tranche de deux années de mariage⁵⁰. Le principe adopté par Williams pendant la période où les enfants sont d'âge mineur n'est pas celui de l'égalisation simple des revenus : elle propose d'égaliser les niveaux de vie des ménages, ce qui tient compte du nombre différents de personnes dans chacun.

Des décisions comme celles de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Andrews*⁵¹ et *Adams*⁵² traduisent l'application de la théorie du partenariat parental; nous en avons traité ci-dessus à la partie II. Dans ces arrêts, le tribunal a prononcé une ordonnance alimentaire à l'égard de l'ex-époux qui, lorsqu'elle est conjuguée à la pension alimentaire pour

⁴⁹ Décisions reconnaissant cet objectif énoncé à l'alinéa 15.2(6)c) de la *Loi sur le divorce* : *Brockie v. Brockie* (1987), 5 R.F.L. (3d) 440 (C.B.R. Man.), confirmé par (1987), 8 R.F.L. (3d) 302 (C.A. Man.), *Kennedy v. Kennedy* (1994), 98 B.C.L.R. (2d) 287 (C.S.C.-B.) et *Weisner*, précité à la note 17.

⁵⁰ Joan Williams, « Is Coverture Dead? Beyond a New Theory of Alimony » (1994), 82 *Georgetown Law Journal* 2227. Une version antérieure de cette proposition a été formulée par Jane Rutherford, « Duty in Divorce: Shared Income as a Path to Equality » (1990), *Fordham Law Rev.* 539, qui suggérait le partage égal des revenus par personne et pour une durée indéfinie. Ce partage ne tiendrait pas compte des économies réalisées grâce à la répartition des coûts du ménage. John Eekelaar et Mary Ann Glendon préconisent tous deux depuis longtemps le principe de la primauté des enfants en ce qui concerne la répartition de toutes les ressources financières après la rupture. Selon ce principe, les besoins de base ou moyens du ménage où vivent les enfants auraient préséance sur toutes les ressources financières. Cette « deuxième vague » de propositions fondées sur le partage des revenus, inspirées du principe de l'égalisation des niveaux de vie, donne lieu à un partage plus généreux que celui proposé par Eekelaar ou Glendon dans les cas où les ressources excèdent les besoins de base ou moyens.

⁵¹ *Andrews*, précité à la note 19.

⁵² *Adams*, précité à la note 20.

enfants, engendre une répartition du revenu disponible net du ménage dans une proportion de 60 et 40 % en faveur du parent gardien. Le principe énoncé dans *Andrews*, toutefois, n'est pas aussi généreux que celui qui est privilégié par Joan Williams : il n'entraîne pas l'égalisation des niveaux de vie des ménages, car il égalise au mieux les revenus des ex-conjoints après le versement de la pension alimentaire pour enfants.

Cette «deuxième vague» de théories fondées sur le partage des revenus, axées sur le principe de la responsabilité parentale, soulève encore plus de controverse que la première. Bon nombre d'auteurs feraient valoir qu'il est nécessaire d'égaliser les niveaux de vie des ménages lorsqu'il y a des enfants mineurs si l'on prend vraiment leur intérêt à cœur. Or ce n'est pas là la teneur de l'obligation financière parentale qui sous-tend notre droit actuel en matière de pensions alimentaires pour enfants. On peut critiquer les propositions fondées sur le partage des revenus selon un partenariat parental en soulignant qu'elles entraînent le recours à une pension alimentaire pour époux afin de créer une obligation alimentaire élargie envers les enfants. De fait, les lignes directrices de l'ALI, que nous examinerons à la partie IV ci-après, traitent de la question de l'éducation des enfants après le divorce en réaménageant les règles relatives à la pension alimentaire pour enfants et non pas l'obligation alimentaire entre conjoints. En outre, certains s'inquiètent du fait que le droit, en distinguant les mariages selon la présence ou l'absence d'enfants, favorise les femmes qui «procréatrices» en omettant de valoriser d'autres rôles et contributions des conjointes⁵³.

Ces théories viennent bouleverser également les normes en vigueur : des obligations importantes et à long terme envers l'ex-époux peuvent être imposées même après une très courte relation s'il y a des enfants, puisqu'on veut reconnaître et appuyer le rôle continu de l'ex-époux en tant que pourvoyeur de soins. Concrètement, de longues années s'écouleront après le divorce pour chacun des conjoints à la suite d'un mariage de courte durée comportant les enfants mineurs, et il est probable qu'au moins un des deux ex-époux se trouvera un nouveau partenaire. Puisque l'obligation alimentaire à l'égard de l'époux dans ces modèles vise à égaliser le niveau de vie des ménages, des questions difficiles surgiront quant à l'incidence des familles reconstituées sur cette obligation avec l'apport de nouveaux revenus et les nouvelles obligations financières.

H. En résumé – Où la théorie nous amène-t-elle?

Qu'avons-nous accompli avec cet examen de la théorie? Plusieurs thèmes importants ont été mis en lumière :

- Premièrement, la théorie est importante. Certaines interprétations de la pension alimentaire pour époux ne sont pas conformes aux hypothèses de base sous-jacentes au droit moderne de la famille, plus particulièrement l'élimination de la notion de faute comme facteur déterminant l'obligation alimentaire entre

⁵³ Voir Cynthia Lee Starnes, « Victims, Breeders, Joy, and Math: First Thoughts on the Compensatory Spousal Payments under the Principles » (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy* 137.

conjoint. En outre, la définition de cette obligation d'après des attentes ou des promesses découlant du mariage en soi repose sur des bases théoriques chancelantes.

- Deuxièmement, les théories compensatoires tendent, en pratique, à rejoindre les principes du partage des revenus parce qu'il est nécessaire de créer des mesures substitutives de la perte. Malgré la tension entre les approches compensatoires et les théories fondées sur le partage des revenus, il existe une bonne part de chevauchements, particulièrement dans le cas des mariages de longue durée, où les unes comme les autres peuvent donner des résultats semblables.
- Troisièmement, bon nombre de théories axées sur le partage des revenus offrent des méthodes théoriques valables permettant de structurer la pension alimentaire non compensatoire semblable à celle qui est décrite dans l'arrêt *Bracklow* et dont les fondements sont à l'heure actuelle extrêmement confus. La théorie de la fusion au fil des années semble particulièrement prometteuse. Cela ne signifie pas qu'elles soient exemptes de toute imperfection, car certains estiment qu'elles accordent trop d'importance à la question du « statut », comme par le passé. Il semble que ces théories indiquent l'orientation prise par nos règles de droit, de sorte qu'il apparaît préférable d'accepter cette situation et d'essayer de structurer le partage des revenus en fonction de principes théoriques appropriés.
- Quatrièmement, les théories axées sur le partenariat parental, la « deuxième vague » des principes de partage des revenus, peuvent offrir une façon de comprendre l'évolution de notre droit à la lumière de décisions comme *Andrews*, où des obligations alimentaires étendues envers le conjoint sont imposées lorsqu'il y a des enfants mineurs. Malgré tout, cette théorie prête aussi flanc à la critique. Il existe une certaine tension entre la première et la deuxième vagues de ces théories à cause de l'importance donnée aux enfants, plus particulièrement la responsabilité continue en ce qui concerne leur éducation après la dissolution du mariage, facteur déterminant de la portée de l'obligation alimentaire à l'égard de l'ex-époux.

IV. MODÈLES DE LIGNES DIRECTRICES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX

Nous passerons maintenant de la théorie à la pratique en examinant certains projets visant l'élaboration de lignes directrices applicables dans le quotidien des tribunaux. Nous nous attacherons à l'expérience américaine même s'il peut s'avérer impossible, en fin de compte, de s'en servir comme modèle au Canada à cause des différences qui existent entre les interprétations américaines et canadiennes concernant la nature et le rôle des aliments versés à l'ex-époux; les lignes directrices américaines peuvent à tout le moins donner une idée générale des structures possibles.

Les propositions de l'ALI revêtent un intérêt particulier, compte tenu qu'elles sont le fruit d'une réflexion profonde et exhaustive sur le sujet. Plus complexes que toutes les

autres, elles tentent de concevoir divers fondements et de mettre au point des formules qui s'adaptent mieux aux différentes situations factuelles. Une caractéristique importante est le recours à ce que l'ALI appelle un « facteur duratif » (*durational factor*) faisant en sorte que le montant de la pension sera proportionnel à la durée du mariage. Il s'agit là d'un aspect non négligeable, à la lumière des multiples justifications soutenant les ordonnances alimentaires au Canada et des inquiétudes exprimées par les opposants à l'élaboration de lignes directrices, selon qui ces dernières sont trop rigides et ne peuvent répondre adéquatement à la diversité des situations. À cause de leur importance, les lignes directrices de l'ALI sont analysées en détail.

Nous nous pencherons également sur une ligne directrice canadienne, celle que propose Linda Silver Dranoff et qu'utilisent certains avocats en Ontario. La formule Dranoff est intéressante parce qu'elle s'inspire de décisions comme *Andrews* et *Adams*, dont il est question à la partie II plus haut, qui n'ont aucune contrepartie dans le droit ni dans les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux aux États-Unis.

A. Lignes directrices américaines

Même si on ne peut pas parler d'un usage « généralisé », quelques administrations américaines ont adopté des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux qui, dans certains cas, existent même depuis plus d'une décennie. Elles ont en général été élaborées localement, par suite d'initiatives enclenchées par des comités de juges et d'avocats mis sur pied par les barreaux locaux. Elles étaient donc censées fonctionner dans le cadre des paramètres établis par les lois de l'État régissant les pensions pour époux et avaient pour but principal de dresser la toile de fond nécessaire aux négociations et aux discussions. Plus récemment, le puissant American Law Institute, dans le cadre d'un projet d'envergure qui visait à revoir les principes de la dissolution des familles, a souscrit à une nouvelle série de principes en matière de pensions alimentaires pour époux qui s'appuient substantiellement sur l'application de formules. Contrairement aux versions antérieures de lignes directrices américaines dans ce domaine, les propositions de l'ALI ne doivent pas être considérées simplement comme le reflet de la pratique, mais bien comme une tentative plus ambitieuse de remodeler les règles de droit et d'offrir un canevas destiné à la réforme législative.

Dans l'analyse des lignes directrices américaines, il sera important de ne pas oublier le contexte dans lequel elles s'inscrivent, aussi bien pour comprendre leur structure que pour évaluer leur application possible au Canada. À l'exception de celles de l'ALI, les lignes directrices américaines reflètent toutes les pratiques courantes sous le régime des lois en vigueur. Bien qu'il soit risqué de généraliser à partir de systèmes en place dans 50 États différents, on peut dire que les aliments versés à l'ex-époux constituent une obligation beaucoup plus limitée aux États-Unis qu'au Canada. Une bonne partie des dispositions législatives et des pratiques ont subi l'influence, directement ou indirectement, des principes généraux énoncés dans la loi intitulée *1970*

*Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA)*⁵⁴, qui faisait de la division du patrimoine familial le principal mécanisme de redistribution financière lors du divorce. Le droit à des aliments était restreint aux dossiers où l'ex-époux ne recevait pas suffisamment de biens pour combler ses besoins raisonnables et soit qu'il se trouvait dans l'impossibilité d'assurer sa subsistance en travaillant, soit qu'il avait la garde d'un enfant dont l'état ou la situation faisait en sorte qu'il était approprié de ne pas forcer le parent gardien à se trouver un emploi à l'extérieur du foyer. En outre, même lorsque l'admissibilité de l'ex-époux à une pension était établie, la loi américaine envisageait seulement des ordonnances provisoires.

Certains législateurs ont accepté initialement ce modèle axé sur la « réadaptation » ou sur la « rupture nette », mais ils ont récemment modifié leurs dispositions sur les pensions alimentaires pour époux afin de permettre aux tribunaux de rendre des ordonnances alimentaires permanentes au profit du conjoint à la suite d'un mariage de longue durée. Cependant, le droit américain en la matière continue d'accorder une importance relativement grande à des valeurs comme l'individualisme et l'autonomie après le divorce. Les ex-époux qui ont un emploi obtiennent rarement une pension alimentaire et les aliments qui leur sont destinés s'assortissent encore généralement de limites temporelles. Même les propositions de l'ALI, qui cherchent à remodeler et à étendre les règles de droit relatives aux pensions pour époux, traduisent toujours ces valeurs jusqu'à un certain point.

En raison de ce contexte, bon nombre de lignes directrices aux États-Unis jouent finalement un rôle assez limité dans le calcul global de la pension versée à l'époux. Les propositions de l'ALI constituent une exception à cette règle, car elles offrent un vaste canevas destiné au réaménagement des règles de droit en matière de pensions alimentaires pour époux. Dans bien des cas, les lignes directrices ne sont pas applicables tant que le droit aux aliments n'a pas d'abord été établi, et les justifications de ce droit sont souvent plutôt restreintes.

Certaines lignes directrices ne régissent que les demandes de pension provisoire ou temporaire (la pension « *pendente lite* », selon la terminologie américaine) les sommes étant versées seulement jusqu'à la décision finale relative aux aliments dans le cadre du divorce et de la division du patrimoine familial. À ce moment-là, les lignes directrices ne déterminent pas nécessairement l'issue du litige, et d'autres considérations entrent en jeu – notamment le besoin de favoriser l'autonomie – lorsqu'il s'agit de fixer la pension à long terme.

D'autres, bien qu'elles visent le calcul de l'ordonnance finale, s'assortissent de limites assez strictes dans le temps, y compris la cessation automatique lorsque

⁵⁴ Approuvée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en 1970 comme projet de loi type proposé aux États. Voir la discussion dans Grace Ganz Blumberg « The Financial Incidents of Family Dissolution » dans Sanford N. Katz, John Eekelaar et Mavis Maclean, dir., *Cross-Currents: Family Law and Policy in the United States and England* (Oxford, Oxford University Press, 2000).

l'ex-époux se remarie. Les limites temporelles sont, bien souvent, établies en dehors des lignes directrices, lesquelles portent uniquement sur les montants, mais elles sont fixées par les tribunaux, qui interprètent les lois en vigueur. Quelquefois, cependant, et c'est particulièrement vrai à la lumière des lignes directrices plus récentes et plus ambitieuses, les règles elles-mêmes contiennent une formule permettant de déterminer la durée de l'obligation alimentaire.

Au Canada, étant donné l'évolution de notre droit en matière de pensions alimentaires pour époux, on peut se demander s'il est acceptable d'instaurer des lignes directrices qui s'appuient ou bien sur des limites temporelles strictes ou bien sur un droit aux aliments qui serait limité. Les principales leçons que nous pouvons tirer des lignes directrices américaines sont peut-être reliées aux méthodes de calcul des montants. Il est toutefois risqué d'examiner ces méthodes sans égard aux limites temporelles dont elles sont assorties, car ce sont ces dernières qui déterminent finalement le montant de la pension au conjoint⁵⁵, et de faire fi des restrictions qui viennent limiter les dossiers pouvant être assujettis aux lignes directrices.

Toutes les lignes directrices américaines possèdent une caractéristique structurelle qui leur est propre : le montant de l'obligation alimentaire envers l'époux qui gagne le revenu le plus faible est calculé au moyen d'un pourcentage de l'écart entre les revenus des deux ex-conjoints. Il s'agit alors de redistribuer une partie de cet écart, ce qui réduit la différence des revenus entre les deux parties. Voilà donc simplement une forme de partage des revenus. Comme nous le verrons dans la discussion détaillée de lignes directrices précises, dans les pages qui suivent, certaines se servent des revenus nets, et d'autres, des revenus bruts. Les lignes directrices diffèrent selon le pourcentage appliqué aux revenus et selon que ce pourcentage varie ou non dans chaque situation. Le pourcentage peut être relié, par exemple, à la durée du mariage ou à la présence d'enfants. Certaines lignes directrices contiennent aussi des formules pour déterminer la période de versement de la pension; la durée du mariage devient le principal facteur déterminant cette période.

Peu importe la façon dont ces points sont résolus, les lignes directrices réduisent considérablement le nombre de facteurs qui entrent en ligne de compte dans le calcul des aliments. Les tribunaux n'examinent pas en détail la relation entre les époux ni sa structure : ils s'attachent fondamentalement à ce qui est déjà connu et évident au moment du divorce – notamment les revenus relatifs des ex-époux – et des lignes directrices prennent aussi en considération la durée du mariage et la présence d'enfants mineurs. L'utilisation d'états des revenus et dépenses afin de déterminer les besoins du bénéficiaire et la capacité financière du payeur n'est plus nécessaire, car le bénéficiaire reçoit simplement un pourcentage de l'écart des revenus.

⁵⁵ Rappelons les commentaires de la juge en chef McLachlin dans *Bracklow*, au paragraphe 54, concernant la corrélation entre le montant et la durée de la pension – ainsi, « une ordonnance alimentaire modeste d'une durée indéterminée pourrait être transformée en un paiement forfaitaire plus important. »

L'effet des lignes directrices américaines est donc semblable à ce que nous avons déjà connu au Canada en matière de pensions alimentaires pour enfants, qui sont calculées non plus au cas par cas ni en fonction des états des revenus et dépenses ou du partage des coûts, mais bien selon une approche fondée sur le pourcentage des revenus. Ce qui se révèle plutôt radical dans l'adoption d'une telle démarche est l'élimination de tout examen de la relation antérieure des époux, de la façon dont les rôles respectifs ont été structurés et de l'origine ainsi que de la nature des besoins économiques de l'époux – facteurs qui étaient auparavant jugés pertinents aussi bien pour justifier l'obligation alimentaire envers l'ex-conjoint que pour en fixer le montant. Lorsque les lignes directrices tentent de différencier les mariages, c'est la durée qui est généralement considérée en exclusivité. Il est important de ne pas oublier, cependant, que des facteurs qui ne sont pas mentionnés dans les lignes directrices peuvent quand même entrer en jeu lorsqu'un tribunal détermine le droit aux aliments et la durée de la pension.

Voici un exposé plus détaillé de certaines lignes directrices américaines. Nous commencerons par les toutes premières, élaborées en Californie; elles sont toutefois limitées parce qu'elles ne portent que sur les pensions provisoires. Nous aborderons ensuite les lignes directrices mises au point en Pennsylvanie et au Kansas il y a quelques années. Les lignes directrices de la Pennsylvanie, bien qu'elles visent seulement les demandes de pensions temporaires, sont remarquables parce que ce sont les seules à être appliquées à l'échelle d'un État. Celles du Kansas le sont parce qu'elles visent la détermination d'une pension permanente (c'est-à-dire postérieure au divorce). Notre examen se terminera avec les lignes directrices plus complexes proposées par l'American Law Institute et celles du comté de Maricopa, en Arizona, qui ont tenté d'intégrer une version simplifiée des propositions de l'ALI.

1. Lignes directrices californiennes — comté de Santa Clara

Les premières formules de calcul des pensions alimentaires pour époux ont été élaborées en Californie dans les années 70, à l'initiative des comités sur le droit de la famille des barreaux locaux, avec l'appui de la magistrature. Désormais, plus de la moitié des comtés de l'État ont recours à de telles lignes directrices. La totalité des règles californiennes sont interprétées expressément aux fins de l'établissement de la pension *provisoire* (que les Américains appellent « temporaire ») et ne visent qu'à maintenir les conditions et les niveaux de vie des parties aussi près que possible du statu quo jusqu'au procès et jusqu'au partage de leurs biens. Ces formules peuvent être appropriées pour certains genres de mariages au Canada, ceux où il y a eu une fusion importante des aspects économiques de la vie des époux sur une longue période de sorte que le partage égal des revenus, ou une méthode analogue, semble approprié sur une base permanente.

Prenons l'exemple des lignes directrices établies dans le comté de Santa Clara, au sud de San Francisco, et qui ont été intégrées dans les règles de pratique des tribunaux du

comté⁵⁶. La méthode de calcul de la pension temporaire énonce que les aliments seront « en règle générale » calculés afin d'atteindre 40 % du *revenu net* de l'époux gagnant le revenu le plus élevé moins 50 % du revenu net de l'autre époux, compte tenu des incidences fiscales. Par conséquent, si le demandeur de la pension n'a aucun revenu, il pourra recevoir au maximum 40 % du revenu net du payeur. Sinon, le montant transféré équivaudra à un peu moins de 40 % de l'écart des revenus. Par rapport aux autres lignes directrices américaines, il est apparent que la formule en vigueur dans le comté de Santa Clara se traduit par des ordonnances alimentaires plutôt généreuses en faveur des ex-époux lorsque les revenus sont très différents. Cette situation n'est pas surprenante à la lumière de l'objectif des lignes directrices, qui est de préserver le statu quo économique entre les parties jusqu'au procès. Toutefois, même ces lignes directrices ne donnent pas lieu à l'égalisation des revenus nets : elles maintiennent une certaine disparité entre les époux afin d'inciter le payeur à continuer de gagner sa vie⁵⁷. Dans d'autres comtés de l'État, les pourcentages sont un peu plus faibles et les formules sont fondées, par exemple, sur 35 % du revenu net de l'époux gagnant le revenu le plus élevé moins 50 % du revenu de l'autre époux⁵⁸.

Si une pension est déjà versée pour les enfants, les aliments destinés au parent seront calculés sur le revenu net qui n'est pas affecté à cette pension. De la sorte, cette formule s'apparente à la méthode préconisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Andrews*.⁵⁹

Bien que les lignes directrices de Santa Clara, à l'instar de toutes celles qui sont en vigueur en Californie, s'appliquent expressément au seul calcul de la pension temporaire, elles influent en pratique également sur les ordonnances alimentaires permanentes prononcées au procès⁶⁰. Cependant, le calcul des aliments permanents

⁵⁶ Voir Superior Court of the State of California, County of Santa Clara, Rules of Court, Rule 3.3 (c), « Temporary Spousal Support Formula » à l'adresse <http://claraweb.co.santa-clara.ca.us/sct/rules/summary.htm>

⁵⁷ Voir George H. Norton, « Support Schedules in California: Selected Custody and Spousal Support Issues » (1987), 4 Calif. Fam. Law Mthly 57, discuté à l'annexe A du rapport de l'institut de réforme du droit de l'Alberta, précité à la note 7.

⁵⁸ Voir Humboldt County Trial Court Rules (2001), Appendix 9.7—Spousal Support Schedule. Bien que cette formule détermine l'ordonnance moyenne, les règles établissent par ailleurs un minimum qui équivaut à 30 % du revenu de l'époux gagnant le revenu le plus élevé et un maximum de 40 %. Dans le comté de Humboldt, les pourcentages utilisés dans la formule sont inférieurs dans le cas où les enfants sont d'âge mineur et où une pension alimentaire est versée pour les enfants. Les pourcentages du revenu de l'époux gagnant le revenu le plus élevé tombent alors à 30 % (pension moyenne), 25 % (pension minimale) et 35 % (pension maximale). Les lignes directrices en vigueur dans ce comté énoncent aussi clairement qu'aucune pension alimentaire ne sera ordonnée en règle générale si l'époux gagnant le revenu le moins élevé possède néanmoins un revenu net égal à 60 % ou plus du revenu de l'autre conjoint.

⁵⁹ Précité à la note 19; discuté à la partie II du présent document.

⁶⁰ L'adjectif « permanent » désigne simplement la détermination finale du montant de la pension par le tribunal (par opposition aux ordonnances temporaire ou provisoire) et ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une pension permanente ou d'une durée indéfinie.

soulève des questions difficiles quant à la durée de l'obligation alimentaire. La période de versement reste un sujet litigieux en Californie même si l'on reconnaît la capacité des tribunaux d'imposer des obligations alimentaires permanentes à la suite de mariages de longue durée.

Un avocat de la Californie, George Norton, qui a participé à la rédaction des lignes directrices de Santa Clara, a proposé qu'elles soient étendues au calcul des ordonnances alimentaires permanentes au moyen de l'ajout de règles sur la durée de la pension. Les lignes directrices de Norton imposeraient une limite temporelle « arbitraire » à la pension alimentaire versée à l'ex-époux; ainsi, elle ne pourrait jamais être versée sur une période plus longue que la durée du mariage ou de la cohabitation des parties⁶¹. En outre, le remariage y mettrait fin, sauf dans certaines exceptions limitées⁶². La proposition de Norton prévoit aussi la réduction et la cessation des aliments au profit de l'époux compte tenu du changement de situation, par exemple, le salaire réel ou prévu du bénéficiaire et la retraite du payeur. Soulignons toutefois que le modèle de Norton n'envisage pas l'augmentation de la pension lorsque le revenu du payeur augmente; d'autres lignes directrices américaines que nous analyserons plus loin font de même. Finalement, des limites temporelles ou la réduction graduelle des aliments en fonction des changements prévus sur le plan des revenus ou de la capacité financière du payeur seraient ajoutées aux ordonnances initiales, mais celles-ci pourraient être modifiées pendant une période qui varierait en fonction de la durée du mariage⁶³. Les propositions de Norton restent bien évidemment théoriques, n'ayant pas encore été mises en vigueur, mais elles offrent certaines idées intéressantes sur la façon d'intégrer les modifications subséquentes, ce que la plupart des lignes directrices américaines ne font pas.

⁶¹ Là-dessus, M. Norton s'exprime comme suit :

[Traduction] « Cette limite arbitraire imposée à l'obligation alimentaire résoudre la question difficile qui consiste à déterminer pendant combien de temps l'époux qui ne peut pas gagner ou ne gagnera pas sa vie reste la responsabilité de l'autre. Le mariage n'est pas une police d'assurance : vient un temps où c'est la société, non pas l'ex-époux, qui doit porter le fardeau d'une personne incapable de gagner sa vie. »

⁶² Il poursuit ainsi à la p. 71 :

« Un remariage devra mettre fin à l'obligation alimentaire, sauf lorsque l'ordonnance mentionne que la pension doit être versée indéfiniment, à la suite d'une requête présentée par le conjoint qui se remarie et si des motifs valables sont prouvés. Si la personne qui se remarie divorce ensuite, elle peut demander la remise en vigueur de la pension que lui versait son ex-époux, si cette pension aurait continué jusqu'au moment de la requête et si le nouveau mariage a duré moins de cinq ans ou moins de la moitié du mariage précédent, selon la période la plus courte. Advenant que la pension est remise en vigueur, le tribunal peut prendre en considération le changement de situation, mais il ne peut prononcer une ordonnance valable pour une période supérieure à ce qu'il aurait pu accorder auparavant. Cette limite reflète une politique de l'État visant à encourager le remariage sans risque exagéré ni pénalité injustifiée pour l'époux qui se remarie. »

⁶³ Si le mariage a duré dix ans ou moins, la période de versement ne saurait être inférieure à la durée du mariage (calculée en mois). Pour les mariages de 10 à 20 ans, la période minimale serait déterminée d'après la formule suivante : le nombre de mois de mariage multiplié par le nombre de mois de mariage divisé par 240.

2. Lignes directrices de la Pennsylvanie

Ces lignes directrices sont uniques en leur genre parce qu'elles s'appliquent à l'échelle de l'État et qu'elles ont force de loi en étant intégrées aux règles de procédure civile de la Pennsylvanie⁶⁴. Elles tirent leur origine d'une formule créée dans le comté d'Allegheny durant les années 80 par un comité d'avocats et de juges qui cherchaient à orienter les calculs relatifs aux pensions alimentaires pour enfants et époux dans les dossiers déjudiciarisés et soumis à une audience devant des agents de relations familiales. En 1989, les lignes directrices d'Allegheny ont été édictées en tant que mesures législatives applicables à l'échelle de la Pennsylvanie. En ce qui concerne les aliments versés, les lignes directrices de la Pennsylvanie ne visent, comme les lignes directrices californiennes, que les demandes de pensions temporaires (*pendente lite*)⁶⁵. Une fois que le droit aux aliments a été déterminé en vertu de la *Domestic Relations Act*⁶⁶, les lignes directrices créent une présomption réfutable⁶⁷ selon laquelle le montant de la pension calculée conformément aux lignes directrices est celui qui doit être accordé dans l'ordonnance alimentaire. Toute dérogation à cette présomption doit faire l'objet d'une décision écrite où le juge des faits conclut que le montant établi sous le régime des lignes directrices serait « injuste ou inapproprié ». Ces lignes directrices ont donc plus de poids que les lignes directrices de Santa Clara (voir plus haut) ou celles du Kansas, dont nous traiterons ci-dessous et qui n'ont qu'une valeur consultative.

À l'instar de la Californie, la Pennsylvanie utilise les chiffres *nets* plutôt que les revenus bruts. Cependant, elle crée une formule distincte dans les cas où il y a des enfants mineurs⁶⁸. Sinon, la pension alimentaire destinée au conjoint correspond à 40 % de l'écart des revenus nets des parties; ce pourcentage est un peu plus élevé que dans les lignes directrices de Santa Clara. Lorsqu'il y a des enfants mineurs, comme à Santa Clara, la pension alimentaire pour enfants doit être calculée en premier, puis les aliments versés à l'ex-époux sont établis en fonction des revenus nets après déduction de la pension alimentaire pour enfants du revenu du payeur. La pension alimentaire de l'ex-époux est toutefois calculée d'après un pourcentage moins élevé dans ces dossiers : il se chiffre à 30 % de la différence des revenus nets, et non pas 40 %.

⁶⁴ Pa. R. Civ. P., articles 1910.16-1 à 1910.16-4.

⁶⁵ Elles s'appliquent également aux demandes de « pensions alimentaires pour époux », qui semblent désigner les ordonnances permanentes applicables à la période de séparation qui précède le divorce en bonne et due forme. Voir la règle 1910.16-1. Les ordonnances alimentaires *pendente lite* sont souvent en vigueur pendant deux ou trois ans.

⁶⁶ Voir la *Domestic Relations Act*, 23 Pa. C.S., article 3701.

⁶⁷ Précité à la note 54, alinéa 1910.16-1d).

⁶⁸ Formule figurant à l'article 1910.16-4.

Bien que les lignes directrices de la Pennsylvanie s'appliquent seulement aux ordonnances temporaires, elles influent souvent en pratique sur les aliments calculés dans l'ordonnance finale⁶⁹. Par contre, celles-ci sont assujetties à des limites temporelles déterminées par les dispositions législatives de l'État sur les pensions alimentaires pour l'époux et sont donc susceptibles de donner lieu à des débats sur le caractère approprié d'un soutien permanent et non pas destiné à la réadaptation de l'ex-époux⁷⁰. Le législateur de la Pennsylvanie ne prescrit aucune formule visant à déterminer la période de versement des aliments.

3. Lignes directrices du Kansas – comté de Johnson

Au Kansas, comme en Californie, les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux ont été créées localement (à l'échelle d'un comté) par des comités du droit de la famille mis sur pied par le barreau du comté; elles s'inscrivent dans des lignes directrices plus vastes en matière de droit de la famille qui couvrent les ententes de garde et les arrangements parentaux, le partage du patrimoine familial et son évaluation. Les comités sont composés d'avocats, de juges et de professionnels de la santé mentale. Les premières lignes directrices de ce genre, qui ont vu le jour dans le comté de Johnson (qui englobe les banlieues de Kansas City) à la fin des années 70, seront décrites dans la présente section. Deux autres comtés du Kansas lui ont ensuite emboîté le pas : Wyandotte (situé aussi dans les banlieues de Kansas City) et Shawnee (Topeka). Contrairement à la Californie et à la Pennsylvanie, le Kansas n'a pas limité ses lignes directrices au calcul des pensions temporaires et les applique aux ententes alimentaires finales.

Les lignes directrices en droit de la famille du comté de Johnson sont publiées⁷¹, mais n'ont pas été intégrées aux règles de pratique des tribunaux du comté. Elles constituent un cadre précieux pour les négociations mais il est clair qu'elles ont une valeur consultative et non pas exécutoire. Elles comportent une mise en garde énonçant que chaque situation peut exiger une analyse individuelle et donner lieu à des sommes ainsi qu'à des modalités plus ou moins généreuses que ce qui y est suggéré.

Les lignes directrices du comté de Johnson sont intéressantes parce qu'elles mentionnent l'objectif de la pension alimentaire pour époux. Tout en reconnaissant que

⁶⁹ Voir Marie Gordon, « Spousal Support Guidelines and the American Experience: Moving Beyond Discretion », document présenté au programme national du droit de la famille, Kelowna (Colombie-Britannique), du 14 au 18 juillet 2002.

⁷⁰ L'alinéa 3701c) de la *Domestic Relations Act*, précitée à la note 56, permet au tribunal de déterminer la durée de l'ordonnance, qui peut viser toute période, indéfinie ou non, raisonnable dans les circonstances.

⁷¹ Voir les « Family Law Guidelines » for Family Law Practice in Johnson County, Kansas, Johnson County Bar Association, Family Law Bench Bar Committee, révisées en février 2001; http://www.jocobar.org/fs_practicetools.htm. Les lignes directrices sur les pensions alimentaires figurent à la section V.

les dispositions législatives et les décisions judiciaires en la matière s'appuient sur un large éventail de facteurs, les lignes directrices reposent sur l'hypothèse que, en règle générale, l'objectif de la pension consiste à corriger un déséquilibre économique entre les ex-époux au chapitre de la capacité de gagner sa vie et du niveau de vie compte tenu des faits particuliers à chaque dossier, les principaux facteurs à considérer devant être les besoins d'un époux et la capacité de l'autre. Les rédacteurs des lignes directrices estimaient que les parties, leurs avocats et les tribunaux étaient généralement mieux servis lorsqu'on s'attachait à la « situation économique courante et objective » – c'est-à-dire les revenus relatifs des parties – plutôt qu'à des considérations subjectives comme la contribution économique de chaque époux au mariage.

La formule prescrite dans les lignes directrices pour le calcul de la pension alimentaire destinée à l'ex-époux distingue les mariages comportant des enfants d'âge mineur (et une obligation alimentaire envers les enfants) et les autres. Lorsqu'un mariage ne comporte aucun enfant d'âge mineur, les lignes directrices énoncent que la pension devrait être déterminée sur la base de 25 % de l'écart des revenus *bruts* des parties⁷². Selon cette directive, le pourcentage des revenus partagés est donc beaucoup plus faible qu'en vertu des lignes directrices de Santa Clara ou de la Pennsylvanie. Il s'agit d'une formule très approximative qui ne tient pas compte de la durée du mariage et n'engendrerait vraiment rien qui se rapproche de l'égalisation des revenus, même après des mariages traditionnels de très longue durée.

En présence d'enfants mineurs, la pension alimentaire doit être calculée avant que soit déduite la pension alimentaire pour enfants, au moyen d'une formule égale à 20 % de l'écart des revenus *bruts*⁷³. Cette démarche diffère de celle qu'ont adopté le comté de Santa Clara et la Pennsylvanie, où la pension pour époux est calculée d'après les revenus *nets*, et une fois soustraite la pension alimentaire pour enfants. La solution du comté de Johnson est rendue obligatoire par les lignes directrices du Kansas sur les pensions alimentaires pour enfants exigeant que les aliments versés à l'ex-conjoint soient calculés avant la pension alimentaire pour enfants aux fins du partage des revenus. Elles ne pourraient être importées au Canada, puisqu'ici la pension alimentaire pour enfants doit être calculée en premier et se fonde sur le revenu du payeur avant le versement d'une pension à son ex-époux.

Les lignes directrices du comté de Johnson traitent aussi de la durée de versement de la pension au moyen d'une formule fondée sur la durée du mariage. Cette caractéristique reflète les limites temporelles fixes imposées par les dispositions

⁷² Voir l'article 5.6. Cette formule intervient pour les écarts d'au plus 50 000 \$ par année, sinon le pourcentage applicable est porté à 22 %. Les lignes directrices en vigueur dans le comté de Shawnee utilisent aussi 25 % de l'écart des revenus, chiffre qui est ramené à 22 % si la différence excède 50 000 \$.

⁷³ Voir l'article 5.7. Dans les dossiers impliquant des enfants mineurs, les lignes directrices en vigueur dans le comté de Shawnee prescrivent l'utilisation de 20 % de l'écart des revenus, pourcentage qui est réduit à 17 % si la différence excède 50 000 \$.

législatives de l'État en matière de pensions alimentaires⁷⁴. Ainsi, après un mariage de moins de cinq ans, la période de versement serait égale à la durée du mariage divisée par 2,5. Pour les mariages de plus de cinq ans, elle correspondrait à 5 divisé par 2,5, soit 2, plus le nombre d'années de mariage en sus de 5, divisé par 3. Par conséquent, un mariage de 4 ans donnerait lieu à 1,6 année de pension, soit 19 mois. Un mariage de 17 ans procurerait au conjoint une pension de deux années plus quatre années (17 ans moins 5 ans = 12 ans, puis on divise par 3), pour un total de 6 ans. Un mariage ayant duré 30 ans engendrerait une période de versement de 10,33 années ou 124 mois. Ces périodes sont relativement courtes par rapport à ce qui est courant au Canada. La pension cesse aussi d'être versée lorsque le bénéficiaire se remarie ou vit avec un nouveau partenaire.

4. Propositions de l'ALI

(a) Aperçu

L'American Law Institute s'est engagé dans un ambitieux projet, la révision des principes qui devraient régir le droit en matière de dissolution des familles, dans l'espoir que ses recommandations orienteront l'élaboration et la réforme des lois par les assemblées législatives d'État. Ses recommandations à l'égard de la pension alimentaire pour époux, qu'on retrouve au chapitre 5 de son document intitulé *Principles of the Law of Family Dissolution*⁷⁵, visent à remodeler (et non pas simplement refléter) la pratique aux États-Unis à la lumière des tendances qui se dégagent en droit. Contrairement aux lignes directrices américaines en vigueur, les propositions de l'ALI abordent longuement la question des aliments au profit des époux; elles détermineraient aussi le droit à une pension, sa durée de même que les montants en jeu.

Les lignes directrices de l'ALI revêtent un intérêt pour quiconque étudie les fondements conceptuels de la pension alimentaire pour époux et tente de concevoir des règles juridiques pratiques et faciles d'application pour la mise en œuvre de ces concepts. Les gens qui ont participé au projet de l'ALI étaient très conscients de la valeur de règles claires et prévisibles pour orienter le règlement des litiges, et leurs recommandations se fondent notablement sur l'application de formules. Les rédacteurs de l'ALI, même s'ils ont fait preuve d'un esprit d'avant-garde, se sont attachés toutefois à ne pas formuler de recommandations qui s'éloignaient tellement des pratiques en vigueur qu'on aurait eu peu d'espoir qu'elles soient mises en œuvre. Leurs propositions peuvent donc traduire

⁷⁴ Les lignes directrices relatives à la période de versement ont été rédigées à la lumière d'une disposition du Kansas sur les pensions alimentaires pour époux empêchant un tribunal de première instance d'octroyer une pension alimentaire pour des périodes supérieures à 121 mois (c'est-à-dire 10 ans et un mois); il reste quand même possible d'obtenir une prorogation judiciaire dans des cas exceptionnels. Voir K.S.A. 60-1610(2).

⁷⁵ American Law Institute, *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* (LexisNexis, 2002). Les recommandations concernant la pension alimentaire pour époux se trouvent au chapitre 5, intitulé « Compensatory Spousal Payments. »

des aspects de ce qui se fait aux États-Unis et qui n'est pas approprié à la situation canadienne.

Du point de vue conceptuel, les recommandations de l'ALI sont inédites, du moins dans le contexte américain, car elles remplacent la notion de « besoin » en tant que principe justificatif de la pension pour époux par le principe de la « compensation » de toute perte financière qui est subie ou réalisée lors de la dissolution de la relation conjugale. Cette évolution se traduit par une nouvelle terminologie, qui est passée en anglais de « alimony » à « compensatory spousal payments » (versements compensatoires au conjoint). Pour les Canadiens, qui ont vécu un tel changement en faveur d'un cadre compensatoire avec l'arrêt *Moge*, cette nouvelle conceptualisation ne semblera pas aussi radicale, et il est intéressant de souligner que la juge L'Heureux-Dubé figure parmi les personnes-ressources du projet de l'ALI. Comme nous le montrerons plus loin, cependant, le concept de compensation utilisé par l'ALI est très large et couvre une bonne partie de ce que nous avons commencé, ici au Canada, à appeler la « pension non compensatoire ».

Puisque la perte et non plus le besoin constitue la base du droit aux aliments pour l'ex-conjoint, l'ALI précise dans son document cinq « pertes ouvrant droit à compensation » :

1. À la suite d'un mariage de longue durée, la perte de niveau de vie subie à la dissolution de l'union par l'époux qui possède une capacité de gagner sa vie ou des avoirs moindres.
2. La perte de capacité de gagner sa vie subie durant le mariage et qui se poursuit après la dissolution de l'union à cause des responsabilités disproportionnées assumées par un des époux, durant le mariage, dans l'éducation des enfants issus de l'union.
3. La perte de capacité de gagner sa vie subie durant le mariage et qui se poursuit après la dissolution de l'union à cause des soins donnés par un époux à une tierce partie malade, âgée ou handicapée, conformément à une obligation morale de l'autre époux ou des deux époux conjointement.
4. La perte que subit l'un ou l'autre époux lorsque le mariage est dissous avant que cette personne puisse réaliser un rendement équitable de son investissement dans la capacité de l'autre époux de gagner sa vie.
5. Une disparité injustement disproportionnée entre les époux quant à leurs capacités respectives de maintenir le même niveau de vie après un mariage de courte durée.

Selon l'ALI, les demandes pourraient se fonder sur plusieurs motifs et être ainsi cumulées, quoique des dispositions empêchent la double compensation et établissent des limites quant au total des aliments qui peuvent être ordonnés.

Les deux premières pertes, qui donnent lieu aux demandes fondées sur la durée du mariage (*marital duration claim*) et aux demandes du principal pourvoyeur de soins

(*primary care-giver claim*) – seront l'objet principal de nos propos ici, parce qu'elles touchent la majorité des dossiers où une pension alimentaire est demandée par le conjoint et que c'est aussi à l'égard de ces pertes que l'ALI élabore certaines lignes directrices fondées sur des présomptions afin d'engendrer une meilleure certitude et une plus grande prévisibilité. La troisième catégorie représente essentiellement une variante de la demande du principal pourvoyeur de soins.

Les deux dernières catégories (n^{os} 4 et 5), qui surviennent généralement dans les mariages de courte durée, doivent être réglées individuellement. Elles sont considérées comme des exceptions au principe général sous-tendant les propositions de l'ALI, selon lequel les pertes ouvrant droit à compensation augmentent avec la durée du mariage et que, en règle générale, les mariages de courte durée n'engendreront aucune demande de pension de la part de l'époux ou des demandes très limitées. Avec le quatrième type de perte, le demandeur réclame une pension au titre d'un « remboursement », et il s'agit essentiellement d'une demande de restitution lorsque la rupture du mariage survient peu de temps après qu'un époux ait obtenu un diplôme avec l'aide de l'autre. La cinquième perte se produit dans les situations où un époux peut avoir abandonné un emploi ou accepté de déménager pour faciliter un mariage finalement très court, d'où des pertes importantes qui ne pourront être récupérées si la pension est fixée d'après la durée de l'union. Elle permet une analyse individualisée et spécifique à des fins de compensation.

Les demandes fondées sur la durée du mariage et sur le statut de principal pourvoyeur de soins découlent de la situation financière différente des époux après le divorce, c'est-à-dire des disparités marquées entre les revenus des ex-conjoints après la dissolution de leur union. Dans les deux cas, l'ALI a conçu une formule de partage des revenus fondée sur des présomptions⁷⁶ et sur l'application de pourcentages spécifiques à l'écart des revenus des époux, ces pourcentages grimant selon la durée du mariage. Une formule sert également à déterminer la durée des ordonnances pour que la période soit proportionnelle au nombre d'années de mariage (ou à la durée des soins donnés aux enfants). Ce qui rend les propositions de l'ALI uniques parmi les lignes directrices américaines tient au fait qu'elles tentent de circonscrire deux fondements séparés, qui peuvent en plus être combinés, justifiant le partage des revenus après le divorce. Nous les examinerons tour à tour plus en détail ci-dessous.

(b) Demande fondée sur la durée du mariage en raison de la baisse du niveau de vie

Ce genre de demande s'appuie sur la baisse du niveau de vie après un long mariage⁷⁷. Bien que l'ALI considère cette approche de nature compensatoire, les demandes à ce chapitre correspondent, du moins en partie, à ce que nous appellerions au

⁷⁶ À l'instar de la Pennsylvanie, l'ALI propose que ses lignes directrices soient fondées sur des présomptions, mais les dérogations seraient permises lorsque le juge de première instance déclare dans ses motifs écrits que l'application d'une présomption entraînerait une « grave injustice. » Voir les paragraphes 5.04(4) et 5.05(6) de même que les commentaires à ce sujet.

⁷⁷ Voir l'article 5.04.

Canada, depuis l'arrêt *Bracklow*, une demande de pension non compensatoire fondée sur l'interdépendance financière des époux durant le mariage. Les théories avancées par l'ALI pour justifier ce genre de demande ne sont ni la perte de capacité de gagner sa vie du conjoint qui gagne le revenu le moins élevé à la suite du mariage ni la contribution de cette personne à la capacité de l'autre époux de gagner sa vie⁷⁸. Tout en reconnaissant que certains mariages peuvent engendrer ces demandes, l'ALI énonce une justification plus générale axée sur la fusion des aspects économiques de la vie des époux au fil des années, qui implique également en grande partie les éléments liés à la dépendance et aux attentes⁷⁹. La théorie de Stephen Sugarman, qu'on a appelée la « fusion au fil des années » et dont nous discutons à la partie III ci-dessus⁸⁰, influence expressément l'ALI à ce sujet. Une demande invoquant ces motifs peut être présentée dès qu'il y a une différence notable entre les revenus des époux après le divorce, y compris à la suite d'un mariage sans enfants et dans les cas où les deux conjoints occupaient un emploi durant le mariage mais gagnaient des revenus très différents pour plusieurs raisons. Telle qu'elle est définie actuellement, cette catégorie de demande dépendra grandement de la durée du mariage, et le nombre de demandes à ce titre augmente avec le nombre d'années de mariage.

Droit aux aliments : La règle créée pour compenser la baisse du niveau de vie se traduirait par un droit aux aliments à ce titre dès qu'un mariage a duré un certain nombre d'années et qu'il existe une disparité notable entre les revenus prévus des époux⁸¹ après la dissolution du mariage. Les États seraient tenus d'établir la durée et l'écart des revenus requis. L'ALI offre en exemple une règle qui fixe une durée minimale de cinq ans⁸² dans

⁷⁸ Les justifications basées sur les dommages-intérêts pour manquement contractuel ou perte du profit espéré sont aussi rejetées parce qu'il n'y a plus de notion de faute.

⁷⁹ L'argument décrit au commentaire (c) sur l'article 5.04 se lit comme suit :

[Traduction] L'obligation reconnue par cet article ne découle donc pas de la cérémonie du mariage en soi mais se développe avec le temps. Au fil des années que dure le mariage, les parties assument des rôles et des fonctions l'une envers l'autre. Lorsque des adultes passent une bonne partie de leur vie ensemble, ils peuvent s'influencer mutuellement de la même manière que le font les parents avec leurs enfants. Au fur et à mesure que le temps passe, cette influence devient plus déterminante. L'obligation présumée par cet article n'impute alors aucune faute à qui que ce soit pour l'échec du mariage, tout comme l'obligation alimentaire envers les enfants ne laisse entendre aucune faute dans la conception des enfants. Il suffit de reconnaître que la situation des parties à la fin du mariage est le résultat des gestes de chacun pour conclure à leur responsabilité conjointe.

⁸⁰ Précité à la note 43; voir aussi le texte d'accompagnement. Les notes du rapporteur mentionnent Stephen Sugarman.

⁸¹ La règle mentionne expressément les revenus *prévus* au moment de la dissolution du mariage pour reconnaître qu'on s'attend à ce que les époux réalisent leur capacité de gagner leur vie après le mariage, même s'ils n'ont pas occupé d'emploi pendant leur union. Lorsque des parties n'y parviennent pas, les revenus peuvent être attribués. Voir le commentaire (f) à propos de l'article 5.04.

⁸² Après avoir laissé aux États la marge nécessaire pour établir une durée minimale, l'ALI indique qu'une fourchette allant de 5 à 10 années serait conforme aux arguments justifiant ces demandes.

une situation où le revenu de l'époux le mieux rémunéré est au moins 25 % supérieur à celui de l'autre⁸³.

Montant : Le montant serait calculé à partir d'un pourcentage spécifique appliqué à l'écart des revenus que les époux s'attendent à gagner après la dissolution. Ce pourcentage est appelé *facteur duratif* (*durational factor*) et est censé s'accroître proportionnellement à la durée du mariage jusqu'à un maximum prescrit. Les États auraient le pouvoir discrétionnaire de choisir la méthode de calcul du facteur duratif⁸⁴. Par exemple, il pourrait être égal au nombre d'années de mariage multiplié par 0,01. Selon cette formule, un mariage de dix ans donnerait lieu à un facteur duratif de 0,01 (10 fois 0,01), de sorte que la pension alimentaire pour époux atteindrait 10 % de l'écart des revenus; un mariage de 20 ans générerait un facteur duratif de 0,2 (20 fois 0,01), ce qui signifie une pension égale à 20 % de la différence entre les deux revenus. Avec un facteur de 0,015 au lieu de 0,01, un mariage de dix ans obtiendrait un facteur duratif de 0,15 (15 % de la différence entre les revenus) et un mariage de 20 ans, avec un facteur duratif de 0,3, entraînerait le partage de 30 % de l'écart des revenus.

La formule exige l'établissement d'un facteur duratif maximum qui s'appliquerait aux mariages les plus longs. Encore une fois, l'ALI laisse le soin aux États de fixer les chiffres mais propose que le plafond atteigne entre 0,4 (soit le transfert de 40 % de l'écart des revenus) et 0,5 (le transfert de 50 % de la différence, soit l'égalisation des revenus). Tout en reconnaissant le bien-fondé de l'égalisation des revenus dans certains dossiers impliquant les mariages de longue durée, l'ALI est réticente à en faire une condition obligatoire parce qu'il se peut qu'elle entraîne le transfert d'une somme supérieure à ce qui est nécessaire pour compenser la baisse du niveau de vie. On constate d'ailleurs que l'égalisation des revenus est rarement atteinte dans la jurisprudence, même lorsque les époux ont été mariés pendant de longues années.

Durée : La durée de l'ordonnance serait proportionnelle à la durée du mariage. Elle serait déterminée au moyen d'une formule où le nombre d'années de mariage est multiplié par un facteur spécifique établi par le législateur. Par exemple, un facteur spécifique de 0,5 se traduirait par une présomption d'un an de pension alimentaire pour chaque tranche de deux années de mariage⁸⁵. Par présomption, la période de versement de la pension serait indéfinie lorsque l'âge du bénéficiaire et la durée du mariage dépassent un certain seuil spécifique, par exemple 50 et 20 ans respectivement.

⁸³ Comme nous le verrons plus loin, il s'agit des conditions adoptées dans le comté de Maricopa.

⁸⁴ En gros, les États ont reçu pour consigne de spécifier la valeur maximale du facteur duratif et la durée du mariage équivalant à ce maximum, puis de régresser. Si la valeur maximale du facteur duratif est fixée à 0,4 (ce qui signifie que l'écart des revenus serait partagé à 40 %) et que la durée correspondante du mariage est établie à 40 ans, le facteur duratif serait de 0,1 fois le nombre d'années de mariage.

⁸⁵ Il est envisagé que la présomption puisse être réfutée et qu'une pension soit versée pendant une période plus courte s'il est démontré que la perte sera atténuée plus rapidement en raison de l'évolution prévue de la situation financière des parties.

(c) Demande du principal pourvoyeur de soins fondée sur la perte de capacité de gagner sa vie

L'ALI prévoit des demandes distinctes fondées sur la perte de capacité financière découlant des responsabilités disproportionnées assumées par un époux dans l'éducation des enfants. La justification conceptuelle de cette demande est très claire : de nature compensatoire, elle a été adoptée par bien des tribunaux, comme nous l'avons vu ci-dessus à la partie III, pour justifier l'imposition de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux.

Là où l'ALI diverge des autres lignes directrices, c'est qu'il a choisi une méthode pour quantifier cette perte. En théorie, la perte de capacité de gagner sa vie devrait être fondée sur ce qu'aurait été cette capacité n'eût été les soins donnés aux enfants. Le niveau de vie ou le revenu de l'autre époux après le divorce ne devraient pas entrer en considération. Conscient des difficultés entourant une telle évaluation en pratique, l'ALI a choisi une mesure substitutive de la perte de capacité de gagner sa vie, soit la disparité des revenus entre les époux au moment de la dissolution combinée à la durée de la période pendant laquelle des soins ont été donnés aux enfants.

En justifiant l'utilisation du revenu de l'époux qui gagne le salaire le plus élevé à titre de montant de base pour mesurer la perte de capacité de gagner sa vie de l'autre conjoint, l'ALI s'appuie sur une hypothèse douteuse, soit que la plupart des gens choisissent un partenaire possédant le même profil socioéconomique. L'institut américain affirme à l'appui que le principal pourvoyeur de soins aurait vraisemblablement perdu une partie de sa capacité de gagner sa vie parce qu'il s'attendait à partager le revenu futur de son conjoint⁸⁶. Sans doute conscients que ces explications ne seraient pas satisfaisantes, les rédacteurs en ont offert une autre : la prise en charge disproportionnée des responsabilités dans l'éducation des enfants par le principal pourvoyeur de soins aurait ainsi permis à l'autre époux de préserver sa capacité de gagner sa vie et d'avoir aussi des enfants.

Droit aux aliments : En vertu de la règle de l'ALI qui vise à tenir compte de la perte de la capacité de gagner sa vie, le droit aux aliments serait établi par présomption si le mariage comporte des enfants et que la capacité de gagner sa vie du demandeur au moment de la dissolution du mariage est substantiellement inférieure à celle de l'autre époux. Comme pour la demande fondée sur la durée du mariage, c'est la disparité entre les revenus des époux qui donnera au conjoint le droit à des aliments. Le droit présumé aux aliments pourrait être réfuté s'il est établi que le demandeur n'était pas le principal pourvoyeur de soins (c'est-à-dire qu'il n'a pas assumé la responsabilité de plus de la moitié des soins donnés par les deux parents). Cependant, si le demandeur est effectivement le principal pourvoyeur de soins, la structure des dispositions sur le droit aux aliments crée une présomption irréfutable que l'écart des revenus des époux reflète une perte de capacité financière en raison de la prise en charge disproportionnée des responsabilités dans l'éducation des enfants. Une demande fondée sur cette perte peut

⁸⁶ Voir le commentaire (e) sur l'article 5.05.

donc être présentée non seulement par le principal pourvoyeur de soins qui est au chômage ou qui travaille à temps partiel au moment de l'échec du mariage, mais aussi par l'époux qui gagne un deuxième revenu tiré d'un emploi à temps plein.

L'ALI tente de créer une règle facile à administrer qui élimine le besoin de procéder à une analyse complexe, individualisée et factuelle des liens de causalité entre la prise en charge disproportionnée des responsabilités dans l'éducation des enfants par le demandeur et sa capacité de gagner sa vie. Il s'appuie plutôt sur des preuves relevant des sciences sociales qui établissent que, en général, l'éducation des enfants a de lourdes répercussions sur la capacité d'une personne de gagner sa vie.

Montant : Lorsqu'il y a perte de capacité de gagner sa vie, le montant serait calculé, comme dans le cas d'une baisse du niveau de vie, au moyen d'un pourcentage spécifique appliqué à l'écart des revenus des parties. Ce pourcentage prendrait la forme d'un facteur lié à la période consacrée à l'éducation des enfants (*child care duration factor*), qui vise à établir une corrélation entre le montant de l'ordonnance alimentaire et la période où des soins ont été donnés aux enfants durant le mariage. Cette disposition se fonde sur l'hypothèse que, plus longtemps l'éducation des enfants a réduit les débouchés qui s'offraient au demandeur sur le marché du travail, plus la perte de capacité de gagner sa vie risque d'être grande. Par exemple, ce facteur pourrait être égal à la durée de la période où des soins ont été donnés aux enfants multipliée par 0,15. Dans le cas d'un mariage de dix ans où huit années ont été consacrées à l'éducation des enfants, cette formule donnerait lieu à un facteur de 0,12 (qui se traduit par une attribution de 12 % de la différence entre les revenus des époux).

La demande du principal pourvoyeur de soins vise seulement à compenser la perte de capacité de gagner sa vie imputable aux responsabilités dans l'éducation des enfants durant le mariage (et même encore, il ne s'agit pas d'une compensation totale). Elle ne traite pas du tout des pertes subies à ce titre *après le divorce*; par conséquent, elle ne s'inspire pas complètement de la théorie du partenariat parental dont il est question à la partie III. Les pertes de capacité de gagner sa vie résultant des soins donnés aux enfants après le divorce font l'objet de la pension alimentaire pour enfants.

Cumul des demandes : La demande du principal pourvoyeur de soins fondée sur la capacité de gagner sa vie peut être conjuguée à la demande fondée sur la baisse du niveau de vie, mais l'ALI plafonnerait le pourcentage total de l'écart des revenus qui peut être réclamé; ce plafond serait égal au pourcentage maximal fixé pour la demande fondée sur la durée du mariage. Ainsi combinées, les demandes seraient limitées à un pourcentage atteignant entre 40 et 50 % de l'écart des revenus; la valeur maximale serait atteinte plus tôt dans les mariages ne comportant pas d'enfants.

Durée : Suivant le modèle de règles adoptées pour déterminer la période de versement d'une pension fondée sur la baisse du niveau de vie, la durée de l'ordonnance alimentaire au profit du principal pourvoyeur de soins serait aussi déterminée au moyen d'une formule où l'on multiplie les années consacrées à l'éducation des enfants par un facteur spécifique, 0,5 par exemple.

(d) Autres caractéristiques structurelles des lignes directrices de l'ALI

Certaines caractéristiques des lignes directrices de l'ALI qui s'appliquent aux deux catégories de demandes sont dignes de mention :

- Premièrement, les ordonnances pourraient être modifiées ou interrompues si la capacité financière de l'une ou des deux parties devient substantiellement différente de ce qu'elle était au moment de l'ordonnance initiale, par exemple si la situation financière du bénéficiaire s'améliore ou que la capacité financière du payeur diminue. Soulignons toutefois que l'amélioration de la capacité financière du payeur ne constituerait pas un motif de modification, ce qui est justifié par le cadre conceptuel où la perte est mesurée en fonction du niveau de vie des époux au moment de la dissolution de leur mariage⁸⁷.
- Deuxièmement, toutes les obligations de versements périodiques prendraient fin par présomption lors du remariage du demandeur⁸⁸, et dans certains cas, lorsque le bénéficiaire commence à vivre avec un autre partenaire⁸⁹.
- Troisièmement, les lignes directrices visent le calcul de la valeur globale de l'obligation alimentaire à l'égard du conjoint. Bien que les règles donnent lieu à des paiements périodiques dont la durée peut être fixe ou indéfinie, ces paiements pourraient être remplacés, en totalité ou en partie, par un seul versement forfaitaire.
- Quatrièmement, lorsqu'il y a des enfants mineurs et une demande concurrente de pension alimentaire pour enfants, la pension destinée au conjoint serait calculée en premier, puis la pension pour les enfants serait fixée d'après les revenus des parties évalués compte tenu des aliments versés à l'ex-conjoint.
- Cinquièmement, les lignes directrices de l'ALI sont structurées de manière à assurer la compatibilité avec les principes proposés pour la pension alimentaire destinée aux enfants, laquelle inclurait des montants visant à couvrir certains des coûts indirects de l'éducation des enfants après le divorce et leur incidence sur la capacité du parent gardien de gagner sa vie^{89a}.

⁸⁷ Voir le commentaire (f) sur l'article 5.04.

⁸⁸ Voir l'article 5.07.

⁸⁹ Voir l'article 5.09.

^{89a} Les recommandations relatives à la pension alimentaire pour enfants figurent au chapitre 3. Au moyen d'un pourcentage supplémentaire, la méthode de calcul de l'ALI tient compte dans un certain sens de la disparité des revenus parentaux. Le paiement compensatoire (c'est-à-dire la pension alimentaire pour époux) est déterminé et transféré en premier lieu. Initialement, la pension alimentaire pour enfants est calculée sous la forme d'un pourcentage de base auquel s'ajoute un pourcentage supplémentaire du revenu net du payeur. Au fur et à mesure qu'augmente le revenu du bénéficiaire (en sus d'une réserve destinée à

(e) Évaluation des propositions de l'ALI

Quelles observations générales suscitent les lignes directrices de l'ALI?

Sur le plan des objectifs et du processus, elles constituent un exercice intéressant pour ceux d'entre nous au Canada qui envisagent l'élaboration d'une forme quelconque de lignes directrices. L'institut américain avait clairement pour objectif d'apporter certitude et prévisibilité dans un domaine excessivement discrétionnaire du droit. Son projet impliquait la clarification des bases théoriques de l'obligation alimentaire envers le conjoint, compte tenu du caractère inadéquat du concept du « besoin », et comportait aussi le défi d'élaborer des règles pratiques et faciles à administrer permettant la mise en œuvre de ces principes théoriques. À bien des égards, l'ALI reconnaît que les mesures substitutives choisies ne sont pas parfaites, qu'on a dû faire des compromis théoriques, mais que ces derniers s'avéraient néanmoins requis et font en sorte que les mesures substitutives se rapprochaient autant que possible d'un idéal compte tenu de « considérations pratiques et administratives » (*as close as is administratively practical*)⁹⁰.

L'ALI visait expressément une réforme du droit, mais aussi une réforme *axée sur la pratique*. Tout au long du processus, les rédacteurs étaient conscients du besoin d'ancrer leurs recommandations dans la pratique quotidienne. Il vaut mieux considérer le document de l'ALI comme un exercice visant à recenser et à clarifier les tendances émergentes ou les pratiques exemplaires, puis de s'en inspirer à des fins de réforme. Assimilant les lignes directrices de l'ALI à une « normalisation » de la réforme du droit, certains ont critiqué le conservatisme injustifié dont l'institut a fait preuve. La méthodologie de l'ALI peut toutefois servir de modèle utile au Canada, où l'on cherche non pas à réformer des lois mais à créer des lignes directrices informelles qui tiennent compte des pratiques courantes.

Sur le plan structurel, les lignes directrices de l'ALI présentent un intérêt en raison de leur complexité. Certains types de dossiers peu typiques, notamment les mariages de courte durée qui entraînent des pertes significatives, sont exclus et laissés au soin d'un processus décisionnel individualisé. Les règles sur le partage des revenus sont clairement rédigées pour répondre à une diversité de demandes typiques de pensions alimentaires pour époux. Les lignes directrices elles-mêmes, contrairement aux autres règles américaines, distinguent deux fondements qui justifient le partage des revenus – l'interdépendance financière qui s'accroît avec la durée du mariage et la perte de capacité

ses besoins personnels), le pourcentage supplémentaire baisse et atteindra zéro lorsque les revenus des deux parties sont égaux, et même le pourcentage de base peut être réduit si le revenu du parent bénéficiaire vient qu'à dépasser celui du payeur. Ce pourcentage supplémentaire a donc pour effet de réduire, mais non pas d'éliminer, les disparités des niveaux de vie entre les ménages.

⁹⁰ Voir le commentaire (e) sur l'article 5.05 traitant de la mise en œuvre d'une mesure de la perte de capacité de gagner sa vie.

de gagner sa vie subie par le principal pourvoyeur de soins. Cette complexité, bien qu'elle soit théoriquement attrayante, peut en bout de ligne nuire à l'adoption des lignes directrices⁹¹. En outre, contrairement à d'autres modèles, le document de l'ALI fait varier le *montant* des ordonnances alimentaires selon la durée du mariage. Les tendances qui se dégagent des ordonnances récentes confirmeraient une telle corrélation, même si elle n'est pas souvent énoncée. Il peut être particulièrement important au Canada de lier le montant de la pension au nombre d'années de mariage, puisque les tribunaux canadiens généralement mal à l'aise avec les limites temporelles rigides et que c'est seulement en variant les montants qu'on peut tenir compte des différences, sur le plan de la nature et de la portée, des demandes.

Compte tenu de leur structure, les lignes directrices de l'ALI devraient se solder par des ordonnances alimentaires présentant les caractéristiques suivantes :

- demandes très limitées ou négligeables à la suite de mariages de courte durée;
- demandes assez nombreuses à la suite de mariages de longue ou de moyenne durée comportant des enfants;
- demandes nombreuses à la suite de mariages sans enfants seulement s'il s'agit de mariages de longue durée.

Outre ces généralités, que peut-on dire plus spécifiquement? Aux États-Unis, les propositions de l'ALI commencent à engendrer des commentaires et des débats considérables⁹². En règle générale, elles reçoivent des critiques favorables de tous les intéressés parce qu'elles tentent d'apporter cohérence et prévisibilité à un domaine du droit excessivement discrétionnaire. Il est toutefois difficile d'en évaluer l'incidence réelle, puisque plusieurs choix stratégiques cruciaux, qui auront des conséquences notables sur les montants et la durée des ordonnances alimentaires, sont laissés à la compétence des États dans la mise en œuvre des propositions. Cependant, les commentateurs s'entendent pour dire que le document de l'ALI fera augmenter le nombre d'ordonnances alimentaires dans l'avenir. Plus particulièrement, il est reconnu que l'octroi de pensions alimentaires aux principaux pourvoyeurs de soins après un mariage de durée moyenne, alors que ces personnes peuvent fort bien avoir occupé un emploi mais gagné un salaire considérablement inférieur à celui de leur conjoint, créerait un précédent aux États-Unis. À d'autres égards, les opinions divergent.

L'analyse la plus attentive des propositions de l'ALI a été effectuée par June Carbone^{92a}. M^{me} Carbone estime que le dédommagement au titre des possibilités de

⁹¹ Voir les lignes directrices du comté de Maricopa, examinées ci-après, qui ont mis en œuvre une version simplifiée des lignes directrices de l'ALI éliminant toute demande séparée du principal pourvoyeur des soins.

⁹² Par exemple, voir les actes du colloque dans (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy*, (2002), *J. of Law and Family Studies*, [2001] *Brigham Young U.L.R.* and (2002), 4 *J. of Law and Family Studies*.

^{92a} June Carbone, « The Futility of Coherence: The ALI's Principles of the Law of Family Dissolution, Compensatory Spousal Payments » (2002), 4 *J. of Law and Family Studies* 43. Elle résume son document comme suit :

carrière perdues et d'autres contributions au mariage constituent la seule justification valable théoriquement de l'obligation alimentaire envers l'ex-conjoint. Elle reconnaît que les propositions de l'ALI, à bien des égards, s'écartent de ce cadre théorique, ce qui s'avère problématique, même si l'institut a tenté de convertir la pension alimentaire en une série de « paiements compensatoires ». Cependant, elle conclut, en faisant preuve de générosité d'esprit, que la cohérence théorique n'est peut-être pas l'objectif approprié en matière de réforme du droit et que les principes de l'ALI offrent une base appropriée pour parvenir à un compromis entre des positions diamétralement opposées. D'autres se font plus critiques.

Certains, par exemple, estiment que la compensation des pertes au chapitre de la carrière attribuables aux rôles conjugaux est la seule base justifiable de l'obligation alimentaire et que les propositions de l'ALI ont sans raison étendu le droit aux aliments. Ils critiquent les lignes directrices 1) parce qu'elles feraient droit à des demandes fondées sur la baisse du niveau de vie sans qu'il y ait de lien entre cette baisse et la perte de capacité de gagner sa vie et 2) parce que l'ALI omet de relier plus étroitement la demande justifiée par la perte de capacité de gagner sa vie aux dossiers où l'existence d'une perte réelle a été démontrée, notamment lorsque le principal pourvoyeur de soins ne travaillait pas à temps plein⁹³. De ce point de vue, les propositions de l'ALI rattachent un trop grand nombre d'obligations au mariage en soi ou à un quelconque engagement conjugal. Elles intègrent une trop grande part de « communautarisme » à la relation entre les époux, ce qui déroge sans raison à des normes axées sur l'individualisme.

Pour d'autres, la portée étendue du droit d'un ex-époux aux aliments constitue un pas dans la bonne direction, mais l'ALI ne va pas assez loin et ses propositions ne

[Traduction] Dans le présent document, j'analyserai les compromis qui sous-tendent le régime proposé par l'ALI, fondé sur les paiements compensatoires aux conjoints, à la lumière de l'histoire houleuse des pensions alimentaires. Je suis d'avis, premièrement, que l'ALI a certainement raison lorsqu'il affirme que les règles de droit actuelles, compte tenu de l'importance accordée à la notion de besoin, sont au mieux incohérentes et, au pire, insultantes ou dépassées. Deuxièmement, je suis d'accord avec l'ALI que l'idée de compensation constitue la solution de rechange à la notion de besoin qui semble la plus prometteuse pour assurer une certaine cohérence dans les affaires en cours. Troisièmement, cependant, je montrerai que la disposition sur les paiements compensatoires pose un dilemme de fond; le refus de reconnaître la faute limite nécessairement cette disposition, non seulement à l'égard des pertes non financières que mettent en lumière les principes appliqués par l'ALI, mais aussi en ce qui concerne certaines des préoccupations de nature financière qui résident au cœur des propositions. Je conclus néanmoins que le fait de raviver le concept de la faute comporte des coûts trop lourds pour toutes sortes de raisons, en précisant toutefois que l'omission de le mentionner directement suscitera de la réticence face à quelques-unes des propositions de l'ALI.

⁹³ Voir par exemple J. Thomas Oldham, « ALI Principles of Family Dissolution: Some Comments, » [1997] U. Ill. L. Rev. 801. Toutefois, la critique de l'auteur est compliquée : bien qu'il remette en question à certains égards la portée étendue que donne l'ALI aux pensions alimentaires pour époux, Oldham mentionne qu'une compensation insuffisante est accordée aux principaux pourvoyeurs de soins dans le cas de mariages de courte ou de moyenne durée, qui ont effectivement sacrifié leur capacité de gagner leur vie et qui ont besoin de mesures de réadaptation économique. Il faudrait, selon lui, leur offrir un dédommagement plus généreux. Cette dimension de la critique d'Oldham sera débattue plus loin.

permettent pas suffisamment d'atténuer la détresse financière que vivent les femmes et les enfants après le divorce⁹⁴. Le document de l'ALI a été critiqué parce qu'il reproduirait les mêmes tendances qui se dégagent dans les décisions plutôt que de proposer les réformes radicales nécessaires pour améliorer la situation⁹⁵ et parce qu'il délègue des décisions stratégiques cruciales aux assemblées législatives des États, lesquels font preuve de peu d'enthousiasme lorsqu'il s'agit d'élargir le droit à la pension alimentaire pour époux⁹⁶. D'après les exemples offerts, les ordonnances alimentaires générées par l'application des lignes directrices de l'ALI sont jugées trop peu élevées, et les critiques proposent de majorer les pourcentages en vue d'atteindre plus rapidement l'égalisation des revenus⁹⁷.

Sous un angle théorique et structurel, les lignes directrices de l'ALI ont été critiquées parce qu'elles fondent la demande invoquant la durée du mariage sur le concept de la perte et non pas sur les notions de contribution et de partenariat qui considéreraient le revenu gagné par l'époux rémunéré comme étant le produit des efforts conjoints des deux époux et qui justifieraient des principes de partage plus généreux⁹⁸. La demande fondée sur la durée du mariage a aussi été critiquée parce qu'elle exclut les mariages de courte durée⁹⁹ (bien que ce ne soit pas un problème réel compte tenu des dispositions sur les pensions transitoires et provisoires).

Malgré certaines exceptions¹⁰⁰, ceux qui favorisent un élargissement du droit aux aliments voient généralement d'un bon œil que l'ALI reconnaisse en toutes lettres que la perte de capacité de gagner sa vie du principal pourvoyeur de soins peut s'étendre aux

⁹⁴ Voir par exemple Penelope Eileen Bryan, « Vacant Promises?: The ALI Principles of the Law of Family Dissolution and the Post-Divorce Financial Circumstances of Women » (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy* 167; Marsha Garrison, « The Economic Principles of Divorce: Would Adoption of the ALI Principles Improve Current Outcomes? » (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy* 119; and Cynthia Lee Starnes, « Victims, Breeders, Joy, and Math: First Thoughts on the Compensatory Spousal Payments under the Principles » (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy* 137.

⁹⁵ Bryan, *ibid.*

⁹⁶ Bryan, *ibid* et Garrison, précité à la note 94.

⁹⁷ Starnes, précité à la note 94, propose d'utiliser en guise de modèle la formule préconisée dans le *Uniform Probate Code* (code uniforme en matière de successions) en vue de déterminer la part facultative de l'époux dans une succession d'après la durée du mariage, qui produirait une pension compensatoire égale à 15 % de la disparité des revenus après un mariage de cinq ans, 30 % après dix ans et 50 % après 15 ans.

⁹⁸ Bryan et Starnes, tous deux précités à la note 94. Selon Starnes, le principe de la perte découle d'un modèle d'obligation alimentaire fondé sur la « victimisation ».

⁹⁹ Bryan et Starnes, tous deux précités à la note 94.

¹⁰⁰ Starnes, précité à la note 94, s'interroge sur les distinctions qui sont faites entre les femmes ayant eu des enfants et les autres (« breeder » et « non-breeder » en anglais).

mères ayant gagné un salaire durant le mariage¹⁰¹. Toutefois, la structure de cette disposition et la façon dont elle limite les ordonnances ont été jugées inadéquates. Pour certains, elle omet de reconnaître la perte importante que peut subir à ce titre le principal pourvoyeur de soins qui quitte le marché du travail, même dans le cadre d'un mariage de courte durée. Ces critiques appuieraient des ordonnances transitoires beaucoup plus généreuses pour l'ensemble des principaux pourvoyeurs de soins, peu importe la durée du mariage; les montants accordés permettraient d'égaliser les niveaux de vie des époux pendant la période de transition¹⁰². Pour d'autres, le problème réside dans l'omission de reconnaître les conséquences de l'éducation des enfants après le divorce. De ce point de vue, la pension est nécessaire pour toute la période où des soins sont donnés aux enfants, et même plus longtemps, compte tenu des faibles probabilités que les femmes ayant compromis leur participation au marché du travail récupèrent leur perte de capacité gagner leur vie.

Finalement, on s'est demandé, dans des termes qui rappellent les débats au Canada, pourquoi les paiements périodiques proposés par l'ALI, s'ils sont conceptualisés en tant que droit à la compensation de pertes subies, devraient automatiquement cesser lors du remariage¹⁰³.

Pour ce qui est du Canada, les caractéristiques les plus pertinentes des lignes directrices de l'ALI sont de nature théorique et structurelle. Si les montants des ordonnances alimentaires sont trop faibles par rapport aux normes canadiennes, il serait bien simple de majorer les pourcentages. Il faut se demander au préalable, toutefois, si la structure de base est appropriée. Y a-t-il lieu d'éliminer une évaluation individualisée des conséquences économiques d'un mariage pour examiner simplement les disparités postérieures au divorce sur le plan de la capacité des ex-époux de gagner leur vie pour justifier le droit aux aliments? Est-il approprié de mesurer la perte de cette capacité en fonction des disparités des revenus après le divorce? La distinction fondamentale entre les mariages comportant des enfants et les autres est-elle aussi appropriée? A-t-on raison de penser que le montant des ordonnances alimentaires devrait s'accroître avec la durée du mariage ou de la période consacrée à l'éducation des enfants?

Certaines critiques à l'égard de la structure de la demande du principal pourvoyeur de soins trouveraient probablement écho au Canada, particulièrement l'omission de tenir compte des pertes de capacité de gagner sa vie attribuables aux

¹⁰¹ Voir Bryan et Garrison, précités à la note 94, et Tonya L. Brito, « Spousal Support Takes on the Mommy Track: Why the ALI Proposal is Good for Working Mothers » » (2001), 8 *Duke Journal of Gender, Law and Policy* 151.

¹⁰² Voir Oldham, précité à la note 93. Oldham s'exprime très clairement sur la nécessité d'imposer des limites temporelles à ce genre d'ordonnance, compte tenu de la fréquence des remariages; il propose une limite de cinq ans. À l'instar de l'ALI, il ajouterait une exception permettant le versement d'une pension d'une durée indéfinie si un mariage comportant des enfants a duré plus qu'un certain nombre d'années et que le demandeur a atteint un âge donné.

¹⁰³ Voir Starnes, précité à la note 94.

responsabilités postérieures au divorce dans les soins donnés aux enfants. L'ALI a cherché à compenser ces pertes au moyen de la pension alimentaire pour enfants, mais au Canada, on a fait le choix stratégique délibéré d'exclure de la pension alimentaire aux enfants ce qu'on appelait les coûts « indirects » de l'éducation des enfants et de les intégrer à la pension alimentaire pour époux^{103a}. Il n'est peut-être donc pas approprié de se fonder sur la durée du mariage (ou la période consacrée à l'éducation des enfants pendant le mariage) afin de déterminer l'importance de la pension alimentaire pour conjoint lorsqu'il y a encore des enfants mineurs. Nous devons trouver une façon de reconnaître les pertes importantes après la dissolution, même à la suite d'un mariage de courte durée comportant des enfants.

Soulignons aussi que le régime de l'ALI s'appuie sur des limites temporelles strictes. Les rédacteurs ont choisi d'ériger une structure axée sur l'octroi d'ordonnances généreuses (cette « générosité » étant quand même sujette à débat), mais limitées dans le temps, sauf dans des cas exceptionnels. Une telle structure ne semble pas facile à transférer au Canada où, comme nous l'avons vu à la partie II ci-dessus, les ordonnances qui fixent arbitrairement la durée de l'obligation alimentaire sont devenues inacceptables dans une large mesure. Au Canada, il est probable que les lignes directrices devraient laisser une place importante aux ordonnances permanentes et aux ordonnances d'une durée indéfinie qui peuvent être révisées ou modifiées subséquemment afin de réduire ou d'interrompre l'obligation alimentaire. Il peut être néanmoins plus facile de déterminer quand l'obligation doit prendre fin ou peut être réduite lorsqu'on saura plus clairement quels devraient être les montants générés par les lignes directrices.

Les solutions de l'ALI au problème épineux du partage de l'augmentation des revenus après le divorce (c'est-à-dire aucun partage) et de l'incidence du remariage sur les obligations alimentaires (la cessation automatique) seraient vraisemblablement source d'opposition au Canada, étant donné la façon dont notre droit régit actuellement ces questions.

Finalement, lorsqu'un demandeur cherche à obtenir une pension alimentaire pour ses enfants en même temps que pour lui-même, la méthode de l'ALI serait inappropriée au Canada à cause de nos lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants. En effet, l'ALI s'appuie sur le revenu brut et calcule la pension alimentaire pour époux avant la pension alimentaire pour enfants afin de déterminer les revenus parentaux. Or au Canada, nous devons déterminer la pension alimentaire pour enfants en premier lieu, puis calculer l'ordonnance alimentaire pour époux d'après les revenus parentaux qui ne sont pas affectés à cette pension.

^{103a} Voir *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants* (janvier 1995); la recommandation 10.3.2 se lit comme suit :

Le Comité sur le droit de la famille recommande que, dans l'immédiat, la contribution non financière des parents gardiens envers leurs enfants ne soit pas compensée par la formule de fixation des pensions alimentaires pour enfants. » (p. 54). À l'appui de cette recommandation, le comité faisait valoir que cette contribution peut déjà être compensée au moyen d'aliments au profit de l'époux versés en application de la *Loi sur le divorce* ainsi qu'en vertu de certaines lois provinciales.

5. Arizona — comté de Maricopa

En avril 2000, le comté de Maricopa, en Arizona (qui englobe Phoenix et les régions environnantes) a adopté les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux proposées par un comité local qui tentait d'élaborer des règles de nature consultative reflétant la pratique quotidienne¹⁰⁴. Ces lignes directrices sont intéressantes parce qu'elles se fondent jusqu'à un certain point sur les propositions de l'ALI : Ira Ellman, rapporteur en chef du projet de l'ALI, faisait partie du comité local en question.

Les lignes directrices de Maricopa ne sont pas intégrées aux règles de pratique des tribunaux et énoncent clairement qu'elles n'ont qu'un caractère consultatif¹⁰⁵. Elles visent à fournir aux tribunaux et aux parties un point de départ pour les discussions, les négociations ou la prise de décisions; elles ne constituent donc pas de présomptions. Elles s'appliquent seulement après que le droit aux aliments a été établi en vertu des lois de l'Arizona, qui contiennent des fondements assez restreints de la pension alimentaire¹⁰⁶. Les lignes directrices de Maricopa sont donc différentes de celles de l'ALI, où la disparité des revenus en soi donne à l'époux un droit à des aliments. Elles s'appliquent aussi uniquement aux mariages qui ont duré plus de cinq ans et où le revenu brut du bénéficiaire représente moins de 75 % du revenu brut du payeur.

Les lignes directrices du Maricopa mettent en œuvre une version «simplifiée» des propositions de l'ALI, puisqu'elles ne distinguent pas les mariages en fonction de la présence d'enfants et qu'il n'y a aucune pension compensatoire prévue pour le principal pourvoyeur de soins. L'absence d'une telle distinction donnera probablement lieu à des ordonnances alimentaires plus élevées, dans le cas de mariages sans enfants, qu'en vertu

¹⁰⁴ Cour supérieure de l'Arizona, comté de Maricopa, chambre de la famille, *Spousal Maintenance Guidelines*. Les lignes directrices ne sont pas encore sur le Web dans leur intégralité, mais un résumé est publié à l'adresse <http://www.thefinacialexpert.com/leftpanel2.html>. Ira Ellman discute longuement des lignes directrices du comté de Maricopa et du processus ayant mené à leur création; voir « The Maturing Law of Divorce Finances: Towards Rules and Guidelines » (1999), 33 Family Law Quarterly 801.

¹⁰⁵ La « mise en garde » suivante figure au début des lignes directrices :

[Traduction] Les présentes lignes directrices contiennent une formule mathématique destinée au calcul de la pension alimentaire pour époux. Elle devrait être appliquée seulement une fois que le tribunal a déterminé le droit aux aliments de l'ex-époux en vertu des paragraphes 25-319(A)(1), (2) ou (4) des A.R.S. Elles servent simplement à fournir au tribunal et aux parties un point de départ pour les discussions, les négociations ou la prise de décisions; elles ne modifient ni ne créent de politiques publiques. Elles ne constituent pas non plus des présomptions et, ce qui est des plus important, elles ne visent pas à remplacer l'obligation du juge de première instance d'examiner des preuves spécifiques de même que les facteurs applicables énoncés par le législateur.

¹⁰⁶ Voir l'article 25-319 des A.R.S., où les motifs sous-tendant le droit aux aliments comprennent les suivants : l'époux ne possède pas suffisamment de biens; il ne peut subvenir à ses propres besoins par un emploi approprié; le mariage était de longue durée et l'époux est rendu à un âge qui l'empêche de se trouver un travail. Ces motifs ressemblent à ceux de l'UMDA, dont il est question à la note 54.

des recommandations de l'ALI et à des pensions alimentaires moindres pour les couples ayant des enfants¹⁰⁷.

Autrement, la méthode de base proposée par l'ALI est suivie à Maricopa. Le montant de la pension est calculé au moyen d'un pourcentage qui reflète la durée du mariage (le facteur duratif) appliqué à l'écart entre les revenus bruts des parties au moment de la dissolution du mariage. Le facteur duratif choisi par les rédacteurs de lignes directrices de Maricopa est égal au nombre d'années de mariage¹⁰⁸ multiplié par un facteur de 0,015¹⁰⁹. Par conséquent, un mariage de 20 ans donnerait lieu à un facteur duratif de 0,30, d'où une pension alimentaire versée au conjoint équivalant à 30 % de l'écart des revenus bruts des parties. Le facteur duratif ne peut être supérieur à 0,50, ce qui plafonne les ordonnances alimentaires à 50 % de la différence entre les revenus des deux époux. La pension alimentaire pour enfants est calculée séparément, en vertu d'une formule de partage des revenus, mais après le calcul de la pension alimentaire pour époux.

Suivant les propositions de l'ALI, les lignes directrices de Maricopa s'assortissent d'une formule pour le calcul de la durée des ordonnances. Elles génèrent toutefois une fourchette et non pas un chiffre fixe : la durée du mariage¹¹⁰ est multipliée par un facteur oscillant entre 0,3 et 0,5. À l'extrémité élevée de la fourchette, une année de pension serait donc versée pour chaque tranche de deux années de mariage, ce qui représente une période égale à la moitié du nombre d'années de mariage. Selon cette formule, un mariage de 20 ans se traduirait par une ordonnance alimentaire d'une durée variant de six à dix ans. Si le mariage a duré 20 années ou plus et que le bénéficiaire est âgé d'au moins 50 ans au moment de la dissolution, l'ordonnance sera d'une durée indéfinie¹¹¹.

Avant de mettre la touche finale aux lignes directrices, le comité voulait s'assurer que les montants reflétaient les pratiques courantes et a donc procédé à une recherche empirique d'envergure comparant les résultats des lignes directrices qu'il proposait aux ordonnances alimentaires prononcées par les tribunaux¹¹². Il a découvert une forte corrélation entre les ordonnances réelles et celles qui seraient calculées au moyen des lignes directrices à l'aide du facteur duratif proposé de 0,015¹¹³. Pour ce qui est de la

¹⁰⁷ Voir Gordon, précité à la note 69.

¹⁰⁸ Calculé ou arrondi au nombre d'années le plus proche.

¹⁰⁹ Le facteur duratif doit être calculé ou arrondi à la centaine.

¹¹⁰ Encore une fois calculée ou arrondie au nombre d'années le plus proche.

¹¹¹ Une ordonnance alimentaire d'une durée indéfinie peut prendre fin expressément à la retraite du payeur.

¹¹² Les corrélations entre la formule et la pratique se fondent sur un échantillon d'environ 160 dossiers, allant de 1996 à 1998, contestés ou non.

¹¹³ La corrélation avec le montant se chiffrait à 0,75.

durée, toutefois, le facteur établi à l'origine, soit 0,60, a donné une corrélation très faible, d'où le rajustement à la baisse entre 0,03 et 0,05. Encore une fois, des limites strictes sont imposées à la durée de versement de la pension, ce qui est la règle aux États-Unis.

B. Ligne directrice canadienne (suggérée par Dranoff)

Linda Silver Dranoff, avocate en droit de la famille à Toronto, a proposé une formule de calcul de la pension alimentaire pour époux qui est apparemment utilisée à l'heure actuelle par certains avocats en Ontario¹¹⁴. Sa formule s'inspire grosso modo de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Andrews*¹¹⁵, dont nous avons parlé à la partie II ci-dessus. La Cour d'appel avait confirmé une ordonnance alimentaire en faveur du conjoint qui, conjuguée à la pension alimentaire pour enfants, laissait à l'épouse, qui avait la garde des enfants, 60 % du revenu net disponible des parties. Plutôt que de « combiner » les deux formes de pensions puis d'attribuer les revenus du ménage dans une proportion de 60/40, ce qui est la formule qui semble avoir été utilisée dans *Andrews*, Dranoff propose de déduire la pension alimentaire pour enfants d'abord, puis de traiter la demande de pension du conjoint comme une demande distincte s'appuyant sur les revenus qui ne sont pas affectés à la pension alimentaire pour enfants¹¹⁶.

Dranoff propose d'utiliser les revenus *bruts*; la pension alimentaire pour enfants est calculée en premier lieu puis majorée compte tenu des incidences fiscales. Le montant majoré est ensuite déduit du revenu du payeur. Les revenus résiduels des époux sont alors combinés, y compris le revenu du bénéficiaire tiré d'autres sources. Dans la formule Dranoff, ce chiffre est divisé entre les époux conformément à un pourcentage précis qui est déterminé à l'issue des négociations entre les parties ou à la discrétion du tribunal.

Dranoff se sert de 50 % en guise d'exemple, mais reconnaît que le pouvoir discrétionnaire détermine la proportion des revenus qui sera partagée, ce qui laisse la possibilité de tenir compte d'un grand nombre de variables. À la suite d'un long mariage comportant plusieurs enfants qui vivent toujours à la maison, elle estime qu'un chiffre de 50 ou même 60 % du revenu disponible après le paiement de la pension alimentaire pour

¹¹⁴ Voir Linda Silver Dranoff, « Suggested Formula for Determining Spousal Support, » document présenté à la section de l'Ontario de l'Association du Barreau canadien, 2000, Formation juridique permanente (2000 Institute of Continuing Legal Education), Toronto, 28 janvier 2000; elle a aussi abordé la formule dans son allocution intitulée « Is there an evolving Spousal Support Formula? And does Need matter? », série The Six-Minute Lawyer, Barreau du Haut-Canada, 3 décembre 2001. Elle y discute des résultats d'une enquête qu'elle a réalisée auprès d'avocats en droit de la famille afin de déterminer s'ils avaient utilisé sa formule ou une autre méthode et, le cas échéant, si l'une ou l'autre avait été acceptée par le tribunal. Sur les 36 répondants, 14 s'étaient servi d'une formule et signalaient un taux d'acceptation assez élevé. Certains avaient employé sa formule à elle ou une variante, mais d'autres avaient eu recours à des formules différentes.

¹¹⁵ Précitée à la note 19.

¹¹⁶ Cette interprétation de la méthodologie implicite dans l'arrêt *Andrews* est appuyée en plus par McLeod et Thompson, précités à la note 21.

enfants constituerait une valeur appropriée, mais que celle-ci pourrait tomber à 30 % s'il n'y a aucun enfant ou dans le cas d'un deuxième mariage ayant duré dix ans. Utilisant sa formule, Dranoff a constaté que l'épouse de l'affaire *Andrews* recevait 39 % du revenu disponible après le versement de la pension alimentaire pour enfants. Soulignons que, contrairement aux lignes directrices américaines, la formule de Dranoff n'applique pas un pourcentage spécifique à l'écart des revenus des époux et que le pourcentage sert plutôt à déterminer le partage approprié du *revenu total restant après la pension alimentaire pour enfants*¹¹⁷.

La proposition de Dranoff a été critiquée par certains¹¹⁸. Une partie de ces critiques découlent d'une opposition à des lignes directrices quelles qu'elles soient, tandis que d'autres se fondent sur une mauvaise interprétation de la formule suggérée, croyant qu'elle rend l'égalisation des revenus des époux obligatoire, alors que Dranoff reconnaît expressément la possibilité d'un éventail de pourcentages. Cependant, sa solution peut être contestée parce qu'elle omet de décrire spécifiquement les situations où le partage important des revenus est approprié – est-ce la présence d'enfants qui entre en jeu pour justifier l'égalisation ou bien la durée du mariage? Dranoff ne précise pas non plus qu'il s'agit d'une formule s'adressant aux cas où il y a des enfants mineurs ou à la suite d'un mariage de très longue durée. Voilà pourquoi cette formule ne semble pas toujours appropriée et vient confirmer certaines des pires craintes chez ceux qui s'inquiètent que des lignes directrices donnent lieu à des résultats hautement insatisfaisants à cause d'une simplification excessive.

Par ailleurs, cette formule serait probablement appropriée dans certains genres de dossiers où il y a des enfants mineurs, notamment dans des cas comme *Andrews*. Cette décision de la Cour suprême ne trouve aucune contrepartie dans le droit américain en matière de pensions alimentaires pour époux et n'est donc pas prise en considération dans les lignes directrices américaines ou même dans les propositions de l'ALI. S'il s'agit d'une évolution importante qui a sa raison d'être, les lignes directrices canadiennes devront être rédigées de manière à en tenir compte.

C. En résumé -- Certaines questions fondamentales relatives à la structure des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux

Où nous amène donc cet examen des différentes lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux?

¹¹⁷ Dans un cas où le chiffre de 50 % est utilisé, les résultats seront les mêmes, que la règle soit de laisser à l'épouse 50 % du reste du revenu disponible ou de donner à l'épouse 50 % de l'écart des revenus entre elle et son ex-mari. En revanche, si le pourcentage est établi à 40 %, par exemple, l'application de la formule de Dranoff, qui consiste à donner à l'épouse une pension suffisante pour qu'elle conserve 40 % du revenu résiduel disponible, donnera un résultat différent que si la pension est calculée pour être équivalente à 40 % de l'écart des revenus entre les deux époux.

¹¹⁸ Voir John Syrtash et Karen Freiday, « Opposing a Spousal Support Formula and Alternatives » (May 2002), 13 (6) *Matrimonial Affairs* 15.

Lorsqu'on cherche à élaborer des lignes directrices, le défi consiste à transformer des principes ou des théories en mesures substitutives qui donnent lieu à une justice « moyenne » ou « approximative ». La plupart des lignes directrices sont articulées autour du partage des revenus (une démarche qui se fonde sur les revenus des parties après le divorce et sur la répartition d'une partie précise de ces revenus). Avant de rédiger des lignes directrices, il faut donc déterminer si cette méthode est acceptable. Elle implique en effet l'élimination des états des revenus et dépenses comme outil principal de calcul ainsi que l'abandon des estimations individuelles de la perte de capacité d'un époux de gagner sa vie.

Une fois qu'on accepte le partage des revenus comme méthode, il faut déterminer les facteurs qui structureront ce partage. L'examen des lignes directrices effectué à la partie IV soulève certaines questions structurelles de base :

- Le principal facteur devrait-il être la durée du mariage (comme c'est le cas généralement aux États-Unis) ou bien la présence d'enfants est-elle aussi importante?
- Si la présence d'enfants est considérée comme un facteur structurel pertinent, est-ce parce qu'un époux a pu prendre en charge une partie des responsabilités dans l'éducation des enfants *durant le mariage*? Ou bien parce qu'il y a des enfants à charge au moment du divorce qui relèvent du demandeur de la pension en tant que parent gardien?
- De façon plus générale, dans quelle mesure des lignes directrices peuvent-elles ou devraient-elles être structurées de manière à répondre à diverses situations? Elles ont pour but de réduire le nombre de facteurs pour des raisons d'efficacité administrative. Pourtant, la mention de lignes directrices génère des craintes réelles quant au caractère trop général des formules. Certains s'inquiètent du risque de nivellement par le bas qui se produirait si l'on appliquait les lignes directrices américaines. D'autres supposent que les lignes directrices se traduiraient inévitablement par une égalisation des revenus dans tous les dossiers. Lorsque les enfants deviennent le facteur pertinent, comme aux points a) et b) ci-dessus, il peut devenir plus facile d'adapter la formule à la diversité des situations qui existent. On peut aussi recourir au facteur duratif dont font mention à la fois l'ALI et les lignes directrices du comté de Maricopa, ce facteur rattachant le montant de la pension à la durée du mariage.
- En vertu des lignes directrices américaines, les limites temporelles constituent un mécanisme fort utile pour structurer la portée des obligations alimentaires aux États-Unis. Est-il possible d'envisager de telles limites au Canada ou le montant est-il le seul facteur qui peut être abordé de façon réaliste par ces lignes directrices? Comment le montant et la durée des versements interagissent-ils? L'incertitude sur le plan de la durée exige-t-elle un rajustement à la baisse des montants?

- Comment la pension alimentaire pour enfants sera-t-elle intégrée aux lignes directrices? Certaines règles en vigueur aux États-Unis, par exemple, calculent la pension alimentaire pour conjoints avant la pension versée aux enfants. Or ces modèles ne conviennent pas au contexte canadien.

V. CONTEXTE SOCIAL DES LIGNES DIRECTRICES CANADIENNES

Nous décrirons maintenant le contexte social qui entoure l'élaboration et le fonctionnement des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux. Les répercussions de ces lignes directrices restent un point fondamental, d'où l'importance des données sur les ordonnances alimentaires prononcées en faveur de l'ex-époux dans l'établissement d'un jalon qui permet d'évaluer ces répercussions. La durée du mariage, tout comme la présence d'enfants à charge, deviendra probablement un élément structurel central des lignes directrices au Canada. L'examen des données existantes sur la nature des mariages qui se terminent par un divorce peut aider dans la structuration des lignes directrices (par exemple, pour définir ce qu'est un mariage de longue durée). Puisque les statistiques nous révéleront le pourcentage de divorces qui entrent dans différentes catégories, elles nous permettront également d'évaluer l'incidence des règles proposées.

Voici un survol des renseignements connus sur la fréquence des ordonnances alimentaires pour époux et les caractéristiques des mariages qui se terminent par un divorce. Malheureusement, force est de constater qu'ils sont bien souvent limités et d'une fiabilité douteuse.

A. Fréquence des ordonnances alimentaires en faveur de l'ex-époux

Le droit actuel semble offrir une base très large justifiant le versement d'une pension alimentaire au profit de l'ex-époux – élargissement qui s'est amorcé avec l'arrêt *Moge* en 1992 et s'est amplifié avec *Bracklow* en 1999. Des données fiables sur la fréquence des ordonnances alimentaires pour époux n'existent pas, mais les quelques renseignements disponibles laissent croire qu'une pension alimentaire est versée à l'ex-conjoint seulement dans un petit pourcentage des actions en divorce – entre un peu plus de 10 % au pire et un peu plus de 20 % au mieux.

Les données les plus complètes proviennent de l'évaluation de la *Loi sur le divorce* effectuée par le gouvernement fédéral en 1988¹¹⁹, où les statistiques tirées d'un examen des dossiers judiciaires de divorce montraient qu'une demande de pension

¹¹⁹ Canada, ministère de la Justice, *Évaluation de la Loi sur le divorce – Étape II: Contrôle et évaluation* (Ottawa, 1990).

alimentaire pour époux avait été demandée dans 16 % des cas au total et dans seulement 19 % des actions comportant des enfants à charge. Les auteurs de cette étude ont réalisé une enquête auprès de personnes qui avaient divorcé, ce qui en fait une source un peu plus fiable. Ils ont constaté une fréquence légèrement plus élevée : 22 % des épouses signalaient qu'elles avaient demandé une pension alimentaire à un moment donné depuis la séparation et 30 % des maris déclaraient que leur ex-épouse l'avait fait¹²⁰. Ces chiffres remontent malheureusement à 1988 et ne tiennent donc pas compte de l'évolution du droit depuis l'arrêt *Moge*, et encore moins *Bracklow*.

La portée des données plus récentes est encore plus limitée. Les programmes provinciaux d'exécution des ordonnances alimentaires sont une source de renseignements et l'Enquête sur l'exécution des ordonnances alimentaires, qui n'a pas été mise en œuvre complètement, a permis de colliger de l'information sur deux provinces, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique, à l'égard d'ordonnances enregistrées au 31 mars 2000¹²¹. Il faut donc extrapoler à partir des chiffres produits par cette enquête; les auteurs estiment que la plupart des programmes provinciaux d'exécution des ordonnances alimentaires ne s'occupent que de 40 à 50 % de ces ordonnances, c'est-à-dire celles dont l'exécution pose problème. En outre, les prestataires de l'aide sociale sont obligés d'inscrire leurs ordonnances aux fins de l'exécution, ce qui fausse les résultats en faveur des bénéficiaires à faible revenu.

En Saskatchewan, une pension alimentaire pour époux était ainsi versée dans 4,1 % des ordonnances rendues sous le régime de la *Loi sur le divorce* et inscrites au programme; les ordonnances combinées de pensions alimentaires pour époux et pour enfants représentaient 7,4 % des ordonnances alimentaires prononcées en application de la *Loi sur le divorce* (pour un total de 11,5 % de toutes les ordonnances alimentaires)¹²². En Colombie-Britannique, on retrouvait une pension alimentaire pour époux dans seulement 4,1 % des ordonnances rendues sous le régime de la *Loi sur le divorce* et inscrites au programme, tandis que les ordonnances combinées ne constituaient que 4,8 % de ces ordonnances (pour un total de 8,9 % de toutes les ordonnances alimentaires prononcées en application de la *Loi sur le divorce*)¹²³.

Une autre source de renseignements, la base de données relatives aux ordonnances alimentaires au profit d'un enfant visées par la *Loi sur le divorce*, montre

¹²⁰ L'incohérence peut être expliquée, du moins en partie, par le fait que les femmes et les hommes interviewés n'étaient pas les époux correspondants.

¹²¹ Centre canadien de la statistique juridique, *Pensions alimentaires pour les enfants et le conjoint : premiers résultats de l'Enquête sur l'exécution des ordonnances alimentaires* (Statistique Canada, 2002).

¹²² Les ordonnances provinciales s'assortissent rarement d'une pension alimentaire au profit du conjoint – 0,04 % dans chaque catégorie.

¹²³ Sur l'ensemble des ordonnances rendues en application des lois provinciales, on trouve 1,3 % de pensions alimentaires pour époux seulement et 2,5 % de pensions pour enfants et pour conjoints combinées.

que les ordonnances alimentaires pour époux sont accordées dans environ 13 % des cas où une pension alimentaire avait été ordonnée au profit des enfants¹²⁴. Cette source inclut par contre seulement les dossiers où les enfants faisaient l'objet d'une pension alimentaire.

Tous ces chiffres semblent faibles, mais les données américaines révèlent la même tendance, soit des pourcentages qui se rapprochent de 20 %¹²⁵.

Qu'est-ce qui explique la faible fréquence de la pension alimentaire pour époux dans les études? Il est possible que ces dernières ne reflètent pas les chiffres réels : puisque les aliments versés à l'ex-conjoint impliquent surtout les époux qui gagnent un revenu élevé, il est probable qu'ils sont en grande partie l'objet d'ententes et non pas d'ordonnances judiciaires, et que les données émanant des tribunaux n'en fassent donc pas mention.

Il se peut également que l'incertitude face à l'obligation alimentaire envers l'ex-époux limite la présentation des demandes. Dans le cadre de l'évaluation de la *Loi sur le divorce* effectuée en 1988, les répondantes ont pu expliquer pourquoi elles n'avaient pas demandé de pension alimentaire pour elles-mêmes : 63 % estimaient qu'elles étaient autonomes ou possédaient d'autres sources de revenus; 24 % n'y croyaient pas par principe ou souhaitaient une rupture nette avec leur ex-époux; 11 % auraient voulu obtenir une pension alimentaire mais ne croyaient pas qu'elle leur serait accordée ou, si elle l'était, qu'elle serait versée¹²⁶. Ces explications reflètent l'influence déterminante des concepts de la rupture nette et de l'autonomie ainsi que les fondements limités de la pension alimentaire pour époux en 1988.

On aurait pu s'attendre à ce que la volonté et le souhait de demander une pension alimentaire pour époux évoluent avec l'élargissement de l'obligation alimentaire dans la foulée des arrêts *Moge* et *Bracklow*. Cependant, cette forme de pension reste très discrétionnaire et incertaine : elle ne constitue pas encore un droit clair. Nous en savons peu sur les négociations préalables aux ententes de séparation, mais il se peut que la pension alimentaire pour époux soit la première revendication écartée ou réduite dans le cadre de l'entente finale¹²⁷.

¹²⁴ La base de données contient des statistiques relatives à 21 tribunaux des territoires et provinces, sauf le Québec et le Nunavut. Le nombre total de dossiers, y compris les ordonnances initiales et les ordonnances modificatives, atteignait 33 240 pour novembre 1998 et février 2002.

¹²⁵ Les études américaines sont examinées par l'ALI, précité à la note 9, à la section XX (302 dans la version antérieure). La fréquence la plus élevée recensée aux États-Unis se chiffrait à 30 %, et c'était à partir d'un important échantillon de parents en instance de divorce en Californie qui avaient au moins un enfant n'ayant pas encore 16 ans; Maccoby et Mnookin, *Dividing the Child* (Cambridge, Harvard University Press, 1992), aux pp. 123 et 124.

¹²⁶ Précité à la note 119.

¹²⁷ Craig Martin fait une analyse extrêmement réfléchie des effets de la nature discrétionnaire du droit aux aliments sur la dynamique des négociations : « Unequal Shadows: Negotiation Theory and Spousal Support Under the Canadian Divorce Act » (1998), 56 U.T.Fac.L.Rev. 135.

Si l'on présume de l'exactitude des études faisant état d'une fréquence relativement faible des pensions alimentaires pour époux, l'élaboration des lignes directrices pourrait avoir des répercussions notables en provoquant une hausse du nombre d'ordonnances au profit de l'ex-époux et en faisant des aliments destinés aux époux un élément normal des actions en divorce, du moins dans les dossiers où les époux gagnent des revenus moyens ou élevés. Cette situation serait conforme au cadre juridique existant mais constituerait un changement assez radical en pratique.

B. Durée du mariage

Peu importe leur structure, les lignes directrices tiendraient vraisemblablement compte de la durée du mariage. Que savons-nous à ce sujet?

En 2000, la durée médiane d'un mariage, calculée depuis la date du mariage jusqu'à la date de divorce, était de 11 ans¹²⁸. Ce chiffre est resté relativement constant depuis plus de 10 ans. Compte tenu que la plupart des époux auront été séparés pendant au moins un an avant leur divorce, la période médiane de cohabitation pourrait être inférieure à 10 ans¹²⁹.

La majorité des divorces (60,8 %) impliquent des couples qui ont été mariés pendant moins de 15 ans. Un nombre important (19 %) de ces mariages se terminent dans les premières quatre années.

Seulement 12 % des mariages qui se terminent par un divorce ont duré 25 ans ou plus. Même si l'on étend la définition d'un long mariage pour inclure ceux qui ont duré au moins 20 ans, le pourcentage ne s'élève qu'à 22 %¹³⁰.

Quelles sont les conséquences de ces chiffres sur la structure des lignes directrices? D'après certaines lignes directrices examinées à la partie IV ci-dessus, le partage des revenus ne s'enclenche qu'à la condition que la relation ait duré au moins cinq ans. Selon les données canadiennes, cette règle exclurait 19 % des dossiers. Le cas des mariages de longue durée est probablement le plus facile à régler : selon les définitions, ces unions représenteraient soit 12 %, soit 22 % des divorces.

La vaste majorité des mariages qui se terminent par un divorce sont de durée moyenne : 23,5 % des couples avaient été mariés entre 5 et 9 ans; 18,5 % entre 10 et 14 ans; 13,8 entre 15 et 19 ans. Même dans cette fourchette intermédiaire, le divorce est beaucoup plus fréquent chez les époux qui ont été mariés moins longtemps, les

¹²⁸ Source de ces données : Statistique Canada, division des statistiques sur la santé, *Divorces – Tableaux standards 1999 et 2000*, n° au catalogue 84F0213XPB (décembre 2002), tableau 15.

¹²⁹ Par contre, si un nombre important de couples cohabitent quelque temps avant le mariage, la durée médiane de la relation peut regimber jusqu'à 11 ans ou même plus.

pourcentages s'infléchissant après 15 années de mariage. Dans bon nombre de ces unions, il est probable qu'il y aura des enfants à charge (voir plus bas). Les lignes directrices traitant des mariages de durée moyenne auront donc une incidence sur une grande proportion des époux divorcés¹³¹.

C. Mariages comportant des enfants à charge

Les lignes directrices peuvent prévoir un traitement différent pour les mariages comportant des enfants à charge; d'après les études, ces derniers sont présents dans environ la moitié des divorces.

Les données colligées au moyen du bureau d'enregistrement des actions en divorce prévu dans la *Loi sur le divorce* laissent croire que, en 2000, 42,6 % des divorces comportaient des enfants à charge¹³²; ce nombre baisse lentement depuis 1991, alors qu'il atteignait 53,5 %. Il n'existe aucune donnée, malheureusement, sur l'âge de ces enfants. La catégorie des mariages sans enfants à charge contiendrait à la fois les unions où les enfants sont indépendants financièrement lors du divorce et les couples qui n'ont pas eu d'enfants.

Ces statistiques ne sont pas complètes, cependant, et elles doivent être analysées avec prudence : elles incluent seulement les cas où la présence d'enfants a été consignée dans les dossiers judiciaires. Si les parties se sont entendues sur la garde avant de comparaître devant le juge et que celui-ci n'a pas eu à trancher, il se peut que les enfants ne figurent pas dans les dossiers des tribunaux. Par conséquent, les chiffres du bureau d'enregistrement des actions en divorce engendrent une sous-estimation du nombre de dossiers impliquant des enfants à charge.

Il est donc possible que bien plus de 50 % des mariages comportent des enfants à charge. Les lignes directrices devront donc tenir compte du fait que ces dossiers constituent probablement la majorité des cas où une pension alimentaire pour époux est demandée.

¹³¹ Thompson, précité à la note 4, donne une ventilation plus détaillée des données sur les divorces de 1998. Tentant de classer les mariages en trois catégories, soit les mariages de courte durée, de moyenne durée ou de longue durée, il répartit les statistiques en tiers. Ses conclusions sont les suivantes : les mariages de courte durée seraient de 7 ans ou moins, tandis que les longs mariages seraient ceux de 16 ans ou plus. Les mariages de moyenne durée atteindraient donc entre 8 et 15 ans.

¹³² Précité à la note 128.

VI. PROCESSUS D'ÉLABORATION DES LIGNES DIRECTRICES CANADIENNES SUR LES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ÉPOUX À PARTIR DE ZÉRO

Réagissant aux inquiétudes formulées par les avocats et les juges quant à l'incertitude juridique qui entoure les pensions alimentaires pour époux, le ministère fédéral de la Justice a décidé d'organiser sur pied une discussion sur la possibilité d'élaborer des lignes directrices à ce sujet au Canada. Le processus envisagé pour ce projet s'inspire de celui qui a été suivi pour la création de bon nombre des lignes directrices américaines, comme nous l'avons vu à la partie IV ci-dessus. Aux États-Unis, le processus était surtout d'origine locale, c'est-à-dire que les lignes directrices ont été mises au point initialement par des comités locaux constitués de juges et d'avocats qui tentaient d'élaborer des règles informelles reflétant la pratique quotidienne. Il ne s'agissait pas d'édicter une nouvelle loi mais bien de brosser le portrait de la pratique sous le régime des lois en vigueur afin d'ériger une toile de fond plus solide aux fins des négociations. Bien qu'avec le temps, certaines lignes directrices américaines aient acquis un statut plus officiel¹³³, il s'agissait au début de règles informelles de pratique qui possédaient une valeur consultative et servaient de point de départ aux négociations ou à la prise de décisions.

Le projet du ministère de la Justice se fonde également sur l'élaboration de lignes directrices informelles par les praticiens à partir de zéro. Le modèle de réforme du droit qui est envisagé ne s'appuie pas sur des lignes directrices officielles et légiférées, comme ce fut le cas des pensions alimentaires pour enfants. La nature litigieuse de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux porte à croire qu'on n'arriverait pas à grand-chose en tentant de procéder à une réforme législative d'envergure. Le projet vise plutôt à faciliter la création de lignes directrices qui refléteront et structureront les pratiques actuelles sous le régime des lois en vigueur. De telles lignes directrices pourraient être mises en œuvre sur une base régionale afin d'orienter les pratiques locales. Leur statut et leur poids exacts seraient matière à débat. L'avenue la plus évidente consiste à suivre l'exemple de plusieurs comtés du Kansas et du comté de Maricopa, en Arizona, où les lignes directrices sont devenues des règles de pratique informelles dotées d'une valeur consultative et non pas exécutoire. Selon ce modèle, les lignes directrices au Canada offrirait simplement un point de départ pour les discussions, les négociations ou la prise de décisions.

Dans sa forme actuelle, le projet se déroulera en plusieurs étapes. Premièrement, on doit réunir un petit groupe de juges, d'avocats et de médiateurs (approximativement 10 personnes) de partout au pays qui possèdent une expertise en droit de la famille (le « groupe de travail consultatif »); ces personnes amorceront la discussion sur la rédaction de lignes directrices en abordant dans un premier temps la faisabilité du projet. Si celui-ci reçoit des appuis suffisants, les membres du groupe de travail consultatif pourront

¹³³ En Californie, les lignes directrices du comté de Santa Clara se retrouvent désormais dans les règles de pratique des tribunaux; en Pennsylvanie, des lignes directrices élaborées à l'origine dans le comté d'Allegheny ont été adoptées à l'échelle de l'État par voie législative.

procéder à une discussion spécifique sur certaines des questions qui pourraient surgir dans l'élaboration des lignes directrices. Cette discussion sera répartie sur plusieurs séances. En gros, le processus exigera une clarification et l'atteinte d'un consensus approximatif sur les hypothèses qui sous-tendent la pension alimentaire pour époux puis l'élaboration de lignes directrices sur la base de ces hypothèses. Puisque l'objectif consiste à s'inspirer de la pratique, le processus permettra de cerner différentes catégories de dossiers et de mettre au point à partir de zéro des principes fondamentaux et des lignes directrices applicables à chaque catégorie.

Une série de consultations informelles traitant des mêmes points de discussion seront réalisées auprès d'avocats, de juges et de médiateurs à l'extérieur du groupe de travail consultatif. Par exemple, des discussions similaires se tiendront avec les sections du droit de la famille de barreaux provinciaux ou avec des groupes de juges dans le cadre de séminaires de formation. Ces consultations alimenteront les travaux du groupe de travail consultatif de manière à ce que les points de vue de plusieurs régions soient pris en considération.

Si les discussions du groupe de travail consultatif et les consultations informelles révèlent des appuis en faveur des lignes directrices et la possibilité de parvenir à un consensus approximatif sur plusieurs points fondamentaux, le projet passera à l'étape suivante. Il s'agira alors de mettre les lignes directrices en œuvre dans un ou plusieurs tribunaux dans le cadre de projets pilotes. Les idées issues des débats du groupe de travail consultatif fourniront le point de départ des discussions en vue d'élaborer des lignes directrices adaptées aux normes de pratique locales et susceptibles d'être acceptées par les juges et les avocats locaux.

Le projet pose des défis tant du point de vue pratique que conceptuel. Il se fonde sur l'espoir qu'un consensus est possible, particulièrement si l'on s'attache à l'obtention de résultats concrets dans différentes catégories de dossiers et non pas à des théories abstraites. Il subsiste un risque de ne pas pouvoir s'entendre sur les hypothèses sous-jacentes.

Il faut mentionner aussi la tension qui se fait sentir, on ne peut le cacher, entre l'objectif qui consiste à refléter les pratiques en cours et celui qui consiste à changer le droit. Dans le cadre du présent projet, on cherche à s'inspirer de la pratique, mais celle-ci n'est pas homogène. Afin d'apporter plus de structure et de certitude dans le droit, des choix doivent être faits quant aux tendances ou aux pratiques exemplaires qui existent, et le droit devra être restructuré en conséquence. Le projet envisage donc un certain degré de changement, mais un changement qui est conforme à la structure législative et au cadre de base qu'a érigés la Cour suprême du Canada en interprétant les lois. On peut penser que le projet facilitera ou accélérera le processus normal d'élaboration des règles de droit en common law, suivant lequel les meilleures interprétations du droit sont censées faire surface à un moment donné. Or le processus normal n'opère plus dans ce domaine du droit parce qu'on a accordé une importance excessive au pouvoir discrétionnaire et aux décisions individuelles tout en omettant de s'appuyer justement sur une structure et des principes.

À cette tension s'ajoute celle qui s'exerce entre les normes locales et nationales. À l'heure actuelle, il existe en effet d'importantes divergences entre les régions dans la façon de calculer la pension alimentaire pour époux, même si la *Loi sur le divorce* est un texte législatif d'application pancanadienne. Le projet se fonde sur la pratique actuelle, ce qui porte à penser que les lignes directrices s'adapteront à ces variantes dans les cultures juridiques locales. Par ailleurs, l'importance accordée aux pratiques exemplaires ou aux tendances donnera lieu à une certaine restructuration du droit qui aura pour effet de réduire les variations régionales. On croit qu'un dialogue national à ce sujet facilitera un certain échange d'idées entre les régions. Il faudra initialement déterminer si ces variations sont tellement importantes qu'elles empêchent tout consensus au sein du groupe de travail consultatif sur ces pratiques exemplaires ou ces tendances.

Même si ce projet n'est pas exempt de défis et de tensions, il semble valable à tout le moins d'amorcer la discussion sur la façon de structurer davantage les règles de droit en matière de pensions alimentaires pour époux et sur l'élaboration de lignes directrices à ce sujet.