



Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation révisé

Avril 2016



Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation révisé

Préparé par :

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

Présenté à la:

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

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

Also available in English

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

*©Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2016*

ISBN 978-0-660-05269-4

No de cat. J2-397/2016F-PDF

TABLE DES MATIÈRES

1	Introduction	1
2	Erreurs fréquentes à éviter	3
3	Le droit aux aliments (chapitre 4 des LDFPAÉ)	6
(a)	Les principes du droit aux aliments	7
(b)	Le droit aux aliments comme question préliminaire: l'écart entre les revenus seul ne donne pas droit aux aliments	9
(c)	Une fourchette de montant de zéro ne doit pas être confondue avec l'absence de droit aux aliments; cela peut simplement refléter une incapacité de payer à l'heure actuelle	12
(d)	Le droit aux aliments et les étapes ultérieures de l'application des Lignes directrices	12
(e)	La durée en tant que fin du droit aux aliments.....	13
(f)	Le droit aux aliments au moment de la révision ou de la modification	14
4	Les ententes (LDFPAÉ 5.2)	15
(a)	Les Lignes directrices en tant que base de la négociation	15
(b)	Cadre législatif actuel pour écarter ou annuler les ententes.....	15
(c)	Utilisation des Lignes directrices dans une analyse fondée sur l'arrêt Miglin	16
(d)	Utilisation des Lignes directrices facultatives dans les contestations d'ententes en vertu des lois provinciales.....	18
(e)	Autres documents de référence	18
5	L'application aux ordonnances provisoires (LDFPAÉ 5.3)	19
(a)	L'utilisation des Lignes directrices dans les demandes provisoires	19
(b)	Détermination du revenu à l'étape provisoire.....	20
(c)	N'oubliez pas l'exception relative à la période provisoire	20
(d)	Inclure les périodes de pension alimentaire provisoire dans la durée.....	21
6	Les revenus (chapitre 6 des LDFPAÉ)	22
(a)	Les différences de « revenus » aux fins de la pension alimentaire pour époux	22
(b)	Le moment choisi pour calculer les revenus.....	23
(c)	Attribuer un revenu	23
(d)	L'utilisation d'autres hypothèses de revenus pour évaluer les fourchettes.....	24
(e)	Majoration du revenu non imposable	25
(f)	Conseils et alertes concernant la détermination du revenu	25
(g)	Un payeur peut-il avoir deux « revenus »?	26
(h)	Autres questions touchant le revenu	28

7 La formule sans pension alimentaire pour enfants (chapitre 7 des LDFPAÉ) 29

- (a) Le problème du montant limité dans les mariages de courte durée sans enfant (LDFPAÉ 7.4.2)..... 30
- (b) Les mariages de courte durée : affaires de parrainage en matière d'immigration..... 31
- (c) Les limites de durée selon la formule sans pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ 7.5) 32
- (d) Les mariages de longue durée et la pension alimentaire illimitée 34
- (e) La durée et la « règle des 65 » (LDFPAÉ 7.5.3)..... 35
- (f) Les mariages de durée moyenne avec enfants : changement de formule après la fin de la pension alimentaire pour enfants 36

8 La formule avec pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ, chapitre 8)37

- (a) Prestations et crédits gouvernementaux pour enfants 37
- (b) Contributions aux dépenses prévues à l'article 7..... 38
- (c) Absence de capacité de payer ou absence de droit aux aliments 39
- (d) Une famille de formules : choisir la bonne 39
- (e) La formule de base (LDFPAÉ, 8.3) 40
- (f) La formule de la garde partagée (LDFPAÉ 8.6)..... 40
- (g) La garde exclusive exercée par chacun des parents (LDFPAÉ 8.7) 42
- (h) La garde hybride ou garde mixte 43
- (i) L'application des formules aux enfants nés d'une union antérieure (LDFPAÉ 8.8).... 43
- (j) La formule du payeur gardien (LDFPAÉ 8.9) 45
- (k) La formule pour les enfants majeurs (LDFPAÉ 8.10) 48
- (l) Questions concernant la durée (LDFPAÉ 8.5) 51
- (m) Mariages de courte durée et enfants en bas âge (LDFPAÉ 8.5.5) 52

9 Déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette (LDFPAÉ, chapitre 9)54

10 La restructuration (LDFPAÉ, chapitre 10).....58

- (a) Octroyer d'emblée d'un montant plus élevé..... 59
- (b) Réduire le montant, allonger la durée 60
- (c) Les sommes forfaitaires 60
- (d) La restructuration selon la formule avec pension alimentaire pour enfants 63
- (e) La restructuration selon la formule du payeur gardien 64

11 Les plafonds et les planchers (LDFPAÉ, chapitre 11).....65

- (a) Le plancher, revenu du payeur inférieur à 20 000 \$ ou à 30 000 \$ 65
- (b) Le revenu du payeur supérieur au plafond de 350 000 \$ (VD 1.1, 11.3) 67

12 Les exceptions (LDFPAÉ, chapitre 12).....	71
(a) La situation financière difficile pendant la période provisoire (LDFPAÉ 12.1)	72
(b) Le remboursement des dettes (LDFPAÉ 12.2).....	72
(c) Les obligations alimentaires antérieures (LDFPAÉ 12.3).....	73
(d) La maladie et l'invalidité (LDFPAÉ 12.4)	74
(e) L'exception compensatoire dans le cas de mariages de courte durée sans enfant (LDFPAÉ 12.5).....	77
(f) Le partage des biens : la répartition des avoirs (C.-B.) (LDFPAÉ 12.6.1).....	78
(g) Le partage des biens : l'arrêt Boston (LDFPAÉ 12.6.3).....	79
(h) Le partage des biens : octroi important de biens (LDFPAÉ 12.6.2).....	79
(i) Les besoins essentiels/difficultés (LDFPAÉ 12.7)	80
(j) Les revenus non imposables de l'époux payeur (LDFPAÉ 12.8).....	81
(j.1) Le débiteur réside dans un pays où la pension alimentaire n'est pas déductible aux fins de l'impôt.....	81
(k) Le parent n'ayant pas la responsabilité première des enfants qui assume le rôle parental (LDFPAÉ 12.9).....	82
(l) Les besoins spéciaux des enfants (LDFPAÉ 12.10)	83
(m) L'article 15.3 : une compensation insuffisante (LDFPAÉ 12.11)	84
(n) Autres motifs pour s'écarter des Lignes directrices, « nouvelles exceptions »	85
13 Modification et révision (LDFPAÉ chapitre 14).....	87
(a) Modification et révision : Cadre général	87
(b) Applicabilité des Lignes directrices facultatives à la modification et à la révision.....	89
(c) Modification d'ordonnances rendues avant la publication des LDFPAÉ ou d'ordonnances sur consentement pour lesquelles les LDFPAÉ n'ont pas été appliquées	91
14 Changements de formule lorsqu'il est mis fin à la pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ 14.5).....	93
15. Les variations de revenus	95
(a) Diminution du revenu du payeur	95
(b) Augmentation du revenu du bénéficiaire.....	96
(c) Augmentation des revenus des deux parties	96
(d) Variation du revenu attribué	97
(e) Augmentation du revenu du payeur après la séparation	98
(f) Diminution du revenu du bénéficiaire après la séparation.....	103
(g) Les demandes tardives	104

16	Le remariage ou la nouvelle union de l'époux bénéficiaire (LDFPAÉ 14.7).	107
17	Les nouvelles familles, ou l'arrivée de nouveaux enfants (LDFPAÉ 14.8)...	111
18	L'indépendance économique (LDFPAÉ, chapitre 13).....	113
(a)	Efforts raisonnables pour atteindre l'indépendance économique	114
(b)	Indépendance économique et fin de la pension alimentaire	115
19	La retraite	121
(a)	La retraite anticipée.....	121
(b)	La retraite constitue-t-elle un motif pour modifier la pension alimentaire pour époux?	122
(c)	Pensions déjà partagées : la double ponction, l'arrêt Boston et les Lignes directrices facultatives	123
(d)	Fin de la pension alimentaire pour époux	128
(e)	Utilisation du capital et lignes directrices basées sur le revenu.....	129
20	La pension alimentaire pour époux rétroactive	130
(a)	Principes généraux	130
(b)	Utilisation des Lignes directrices facultatives	131
(c)	Les questions fiscales.....	131

1 Introduction

Ce *Guide d'utilisation révisé* (que nous appelons parfois « GUR »), met à jour et remplace les deux versions précédentes : la version originale publiée en 2008 en même temps que la version définitive des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux (LDFPAÉ), et le Guide d'utilisation amélioré pour la version définitive, que nous avons produit en mars 2010. Les versions précédentes du Guide d'utilisation ont fréquemment été citées par les tribunaux dans leurs décisions, et par les avocats dans leurs arguments au sujet des Lignes directrices facultatives. La présente version nous offre l'occasion de mettre à jour la jurisprudence des cinq dernières années en matière de pensions alimentaires pour époux, ainsi que de traiter certaines questions pratiques qui ont été soulevées depuis 2010.

Les Lignes directrices facultatives sont utilisées depuis maintenant plus de dix ans, à commencer par l'ébauche de proposition, en janvier 2005, et la version définitive, en 2008. Étant donné que les Lignes directrices sont bien connues et utilisées partout au pays, les juges et les avocats examineront souvent de manière approfondie les questions difficiles qui n'ont pas encore été explorées. En outre, le foisonnement mutuel entre les provinces et les territoires est beaucoup plus marqué maintenant qu'il ne l'était lorsque les Lignes directrices ont commencé à être utilisées.

Le *Guide d'utilisation révisé* n'a pas pour objectif de présenter un examen complet de la jurisprudence. Ce serait une tâche impossible, étant donné que l'on compte maintenant plus de 230 décisions rendues par des cours d'appel et plus de 2 900 décisions de tribunaux de première instance dans lesquelles les Lignes directrices facultatives sont citées. Nous nous sommes concentrés sur les principales décisions des tribunaux d'appel et de première instance dans le présent Guide. Nous espérons qu'il constituera un point de départ pour la recherche, mais il ne remplace pas les recherches approfondies que les avocats et les juges devront mener pour chaque cas.

Comme les deux versions précédentes, le *Guide d'utilisation révisé* vise à fournir une aide pratique pour l'application et l'utilisation des Lignes directrices facultatives : nous signalons les erreurs courantes, nous offrons des suggestions pour une utilisation plus efficace, nous notons les décisions utiles et les tendances récentes, et nous dégageons les questions émergentes. De plus en plus souvent, les questions soulevées par les avocats et les juges portent sur l'interaction des Lignes directrices facultatives et des principes généraux du droit en matière de pensions alimentaires pour époux. Au cours de notre révision du Guide, nous avons été confrontés à certaines des questions les plus difficiles en droit en matière de pensions alimentaires pour époux. Nous espérons que cette version du *Guide d'utilisation* aidera d'autres intervenants à s'occuper de dossiers typiques et atypiques.

En fin de compte, la source vers laquelle nous devons tous nous tourner est le document original, soit la version définitive des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux, publiée en 2008. Tout au long du Guide, nous faisons des renvois aux différentes sections de ce document, que nous appelons « LDFPAÉ ». Le *Guide d'utilisation révisé* doit être lu conjointement avec les Lignes directrices facultatives, que vous trouverez en ligne, à deux endroits :

<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/lf-fl/epoux-spousal/spag/index.html>

<http://library.law.utoronto.ca/lignes-directrices-facultatives-en-matiere-de-pensions-alimentaires-pour-epoux>

Vous trouverez également, à cette dernière adresse, la collection complète de nos divers écrits et rapports sur les Lignes directrices facultatives.

Pour conclure, nous aimerions remercier deux employées passées et deux employées actuelles de l'Unité de la politique en matière de droit de la famille du ministère de la Justice du Canada. Wendy Bryans et Lise Lafrenière-Henrie ont joué un rôle crucial pour transformer une idée générale en projet concret pour mettre en œuvre des Lignes directrices facultatives partout au pays. Pour ce qui est de la préparation du présent Guide, nous avons reçu une aide considérable de la part de leurs successeuses, Marie-Josée Poirier et Claire Farid. Nous tenons également à souligner le soutien financier du gouvernement du Canada, fourni dans le cadre du Fonds de soutien aux familles du ministère de la Justice du Canada.

2 Erreurs fréquentes à éviter

Même après plus de dix ans, des erreurs sont encore commises dans l'utilisation des Lignes directrices facultatives. Certaines sont majeures et d'autres sont mineures; et certaines se produisent à une fréquence troublante. Dans la présente édition du *Guide d'utilisation*, nous avons décidé de regrouper ces « erreurs fréquentes » et de créer une liste de vérification utile des « choses à ne pas faire ». Beaucoup de ces erreurs sont expliquées en détail dans les sections pertinentes du *Guide d'utilisation*. Dans la présente section, nous nous limitons à les indiquer de manière positive et encourageante dans la mesure du possible.

(a) *Connaissez l'information de base et les hypothèses. Soyez transparents!* Trop souvent, les avocats font faire les calculs par d'autres : parajuristes, adjoints, stagiaires ou avocats débutants. Les avocats doivent connaître l'information de base et les hypothèses qui sont utilisées pour générer les fourchettes des Lignes directrices facultatives et d'autres données, que ce soit pour les négociations, les médiations, les conférences de règlement à l'amiable ou pour les audiences et les procès. Cela fait partie de l'obligation d'un avocat en droit de la famille envers ses collègues et les tribunaux, à savoir qu'il doit connaître le droit et se montrer franc à cet égard.

(b) *Souvenez-vous du droit aux aliments.* Nous ne le dirons jamais assez : les Lignes directrices facultatives portent uniquement sur le montant et la durée de la pension alimentaire pour époux, *après* que le droit aux aliments a été établi ou convenu. C'est une erreur de « simplement utiliser les chiffres ».

(c) *Utilisez le bon revenu.* Lors d'une négociation ou d'une audience, les conclusions quant aux revenus à utiliser seront différentes des hypothèses qui auraient pu sous-tendre les calculs originaux d'après les Lignes directrices facultatives.

(d) *L'aide sociale NE DOIT PAS être traitée comme un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux.* Cette erreur continue d'apparaître dans des décisions, particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer le revenu du bénéficiaire. Cette situation se complique en raison de province, comme l'Ontario, qui appelle l'aide sociale « POSPH » (Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées) ou « Ontario au travail », ou comme l'Alberta, qui l'appelle « AISH » (programme d'aide sociale aux personnes atteintes de graves déficiences). Lorsque les prestations d'aide sociale sont incluses dans le revenu du bénéficiaire, le montant de la pension alimentaire pour époux s'en trouve réduit.

(e) *Soyez à l'affût des problèmes relatifs aux revenus non imposables.* Les revenus non imposables doivent être majorés lorsqu'on utilise la formule *sans pension alimentaire pour enfants* ou la formule *du payeur gardien*. Il existe aussi une exception pour la pension alimentaire pour époux versée par un payeur dont la majeure partie ou la totalité du revenu est non imposable.

(f) *Utilisez la bonne formule.* La ligne de partage entre les deux formules principales est claire : *avec pension alimentaire pour enfants* ou *sans pension alimentaire pour enfants*. La formule *avec pension alimentaire pour enfants* est en fait un ensemble de formules, déterminé en fonction des

arrangements relatifs à la garde et à la pension alimentaire pour enfants. La formule *du payeur gardien* ou la formule *pour les enfants majeurs* sont souvent oubliées.

(g) *C'est la durée de la cohabitation qui doit être utilisée pour déterminer le montant ou la durée, et non la durée du mariage* dans la formule *sans pension alimentaire pour enfants* et les formules basées sur celle-ci—les formules *du payeur gardien* et *pour les enfants majeurs*.

(h) **Les dépenses prévues à l'article 7 doivent être prises en compte dans la formule avec pension alimentaire pour enfants.** C'est encore l'erreur la plus fréquente et la plus importante lors de l'application des Lignes directrices facultatives. Lorsque les contributions au titre de l'article 7 ne sont pas incluses dans le calcul, le payeur versera inévitablement une pension alimentaire pour époux trop élevée; cette dernière pourrait même beaucoup trop élevée si les dépenses au titre de l'article 7 sont considérables.

(i) *La formule du payeur gardien doit être rajustée si le bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux ne verse pas de pension alimentaire pour enfants au payeur gardien.* Il est assez fréquent que le payeur de la pension alimentaire pour époux, ayant le revenu le plus élevé, ne demande pas de pension alimentaire pour enfants au bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux, qui a un revenu plus faible. Vous devez déterminer si le bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux qui a un revenu plus faible verse ou non une pension alimentaire pour enfants. Si ce n'est pas le cas et qu'aucun ajustement n'est fait, le payeur versera un montant trop élevé au titre de la pension alimentaire pour époux.

(j) *Ne déterminez pas seulement les fourchettes, proposez un montant et une durée située à l'intérieur de ces fourchettes.* Les fourchettes établies dans les Lignes directrices facultatives sont assez vastes. Il est du devoir de l'avocat (ou d'une partie) de justifier l'emplacement du montant ou de la durée à l'intérieur d'une fourchette. Il est également erroné d'adopter une approche directe quant à l'emplacement, par exemple, déterminer que l'époux qui demande la pension alimentaire devrait obtenir le montant situé à l'extrémité supérieure de la fourchette, pour la durée la plus longue possible, sans explication, ou, dans le cas de l'époux payeur, de demander simplement qu'il verse un montant situé à l'extrémité inférieure d'une fourchette.

(k) *Pensez à la durée.* Trop souvent, on met l'accent seulement sur le montant de la pension alimentaire. Dans certains cas, les Lignes directrices facultatives proposeront une ordonnance « illimitée (durée non précisée) ». Mais dans de nombreux cas, soit dans la demande initiale, soit dans la demande de modification et d'examen, la durée constituera un point de litige.

(l) *Une somme forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux doit être réduite aux fins de l'impôt.* Une somme forfaitaire, qu'elle fasse partie d'un règlement final ou qu'il s'agisse d'une pension alimentaire pour époux rétroactive, n'est ni déductible d'impôt pour le payeur, ni imposable pour le bénéficiaire. Par conséquent, toute somme forfaitaire établie au moyen des fourchettes des Lignes directrices facultatives pour les montants périodiques doit être réduite pour tenir compte de ce fait.

(m) *Pensez aux exceptions.* Les formules des Lignes directrices facultatives ont été élaborées afin de traiter de cas fréquents. Toutefois, dans certains cas, les résultats obtenus au moyen des formules

semblent inappropriés. Nous avons signalé onze (11) exceptions au chapitre 12 des Lignes directrices facultatives. Toutefois, ces exceptions ne permettent pas de couvrir toutes les situations dans lesquelles il peut être possible de s'écarter des fourchettes établies par les formules. Des faits inhabituels peuvent justifier de tenir compte d'autres exceptions que celles qui sont mentionnées.

3 Le droit aux aliments (chapitre 4 des LDFPAÉ)

L'analyse du droit aux aliments constitue la première étape cruciale avant d'appliquer les Lignes directrices. Dans la pratique, cette étape est souvent mise de côté, parce que l'on suppose que tout écart entre les revenus qui produit une fourchette de montant positive selon les Lignes directrices facultatives signifie que le droit aux aliments existe.

Les Lignes directrices facultatives ne déterminent pas le droit aux aliments. Elles traitent du montant et de la durée de la pension alimentaire *après* que le droit aux aliments a été établi. Elles ne servent pas de base arithmétique pour établir ce droit. Le droit aux aliments est une **question préliminaire** qui doit être tranchée avant d'appliquer les Lignes directrices, en se basant sur le cadre juridique existant qui reconnaît trois bases pour conclure que ce droit existe : compensatoire, non compensatoire et contractuelle. Lorsqu'on conclut que le droit aux aliments n'existe pas, les Lignes directrices facultatives ne s'appliquent pas. Les formules des LDFPAÉ peuvent offrir quelques indices, ou des points de repère au sujet du droit aux aliments, mais sans plus. **En outre, même lorsque le droit aux aliments a été établi, une analyse du droit aux aliments vient éclairer nombre des étapes ultérieures de l'analyse des LDFPAÉ.**

Trois des premières décisions rendues par des tribunaux d'appel continuent d'offrir de bons modèles de l'analyse préliminaire du droit aux aliments : *Yemchuk c. Yemchuk*, 2005 BCCA 527; *Chutter c. Chutter*, 2008 BCCA 507 et *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11.

Le fait de ne pas tenir compte du droit aux aliments ou de supposer son existence peut mener à quelques erreurs fréquentes :

- **Un simple écart de revenus qui produit une fourchette de montant positive selon les formules des Lignes directrices facultatives ne donne pas automatiquement droit à une pension alimentaire.** Une analyse plus détaillée est nécessaire : *pourquoi* y a-t-il un écart entre les revenus et quel effet cet écart a-t-il sur l'existence, sur une base compensatoire ou non, du droit aux aliments?
- **Lorsqu'une formule produit un résultat nul (zéro), ne signifie pas l'absence du droit aux aliments;** un tel résultat peut simplement refléter une incapacité de payer, pour le moment, en particulier lorsque la formule *avec pension alimentaire pour enfants* est appliquée.
- Même si le droit aux aliments est établi, il demeure important de déterminer le fondement de ce droit, puisqu'il **vient éclairer nombre des étapes ultérieures de l'analyse de la pension alimentaire pour époux et de l'application des Lignes directrices.**
- **La durée détermine la fin du droit aux aliments.** La pension alimentaire pour époux peut prendre fin même si un écart de revenus subsiste.

- **Des questions relatives au droit aux aliments seront souvent soulevées lors d'une modification et d'un examen; vous ne pouvez pas simplement appliquer les formules aux revenus actuels sans examiner de nouveau le droit aux aliments.**

Il convient de commencer par passer en revue les principes de base du droit aux aliments.

(a) Les principes du droit aux aliments

- **Les demandes compensatoires** sont fondées soit sur la perte ou le désavantage économique découlant du mariage pour l'époux bénéficiaire en raison des rôles adoptés au cours du mariage, soit sur le fait que ce dernier procure un avantage économique à l'époux payeur sans compensation adéquate.

Les éléments fréquents des demandes compensatoires comprennent : le fait de rester à la maison pour s'occuper des enfants à temps plein ou à temps partiel, le fait d'être la source secondaire de revenu, être principalement responsable des enfants *après* la séparation, avoir déménagé pour la carrière du payeur, avoir soutenu le payeur pendant ses études ou sa formation, et le fait de travailler principalement pour l'entreprise familiale.

Certains avocats et juges pensent à tort que *tous* les mariages de longue durée donnent lieu à une pension alimentaire compensatoire; toutefois, dans l'arrêt *Fisher*, mentionné ci-dessus, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé clairement que ce point de vue est incorrect. Il importe de faire la distinction entre la pension alimentaire compensatoire et la pension alimentaire non compensatoire (voir ci-dessous), cette dernière étant basée sur l'interdépendance économique et la baisse du niveau de vie après le mariage.

Notre examen des décisions récentes nous a permis de constater un certain « recul » de la pension alimentaire compensatoire, les analyses sous-estimant considérablement les demandes compensatoires. Voici quelques-unes des erreurs fréquentes :

- mettre l'accent sur la situation du demandeur au début de la relation plutôt que sa situation actuelle potentielle s'il était resté sur le marché du travail. Il faut éviter de penser qu'« une secrétaire restera toujours secrétaire ».
- conclure à l'absence de droit aux aliments sur une base compensatoire simplement parce que le demandeur a travaillé pendant toute la durée du mariage. Il peut y avoir eu des possibilités de carrière perdues.
- oublier que les demandes compensatoires pour perte de capacité de gain peuvent être fondées non seulement sur l'éducation des enfants durant le mariage, mais également sur les responsabilités assumées *après* la séparation en matière d'éducation des enfants.
- supposer qu'un époux n'a pas profité d'un avantage sur le plan professionnel parce que l'autre époux est demeuré à la maison pour s'occuper des enfants. Le droit aux aliments sur une base compensatoire peut être fondé sur l'avantage économique d'une carrière ininterrompue qui profite à l'un des époux, lorsque l'autre époux

assume une part disproportionnée des responsabilités relatives aux soins des enfants.

Pour de bonnes analyses des demandes compensatoires, voir *Yemchuk c. Yemchuk*, ci-dessus; *Chutter c. Chutter*, ci-dessus; *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218; *Hartshorne c. Hartshorne*, 2010 BCCA 327; *Abernethy c. Peacock*, 2013 ONSC 2045; *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659; *Schimelfenig c. Schimelfenig*, 2014 SKCA 77; *Elliston c. Elliston*, 2015 BCCA 274; *Morigeau c. Moorey*, 2015 BCCA 160; et *Zacharias c. Zacharias*, 2015 BCCA 376.

- **Les demandes non compensatoires** sont des demandes qui se fondent sur les besoins. Il peut s'agir de l'incapacité à pourvoir à ses besoins essentiels, mais on interprète généralement que les besoins renvoient également à une baisse importante du niveau de vie par rapport à la norme constatée au cours du mariage. La pension alimentaire non compensatoire tient compte de l'interdépendance économique qui découle de la vie commune, y compris des aspects importants de confiance et d'attentes, que l'on peut résumer par l'expression « fusion au fil du temps ».

Les éléments fréquents des demandes non compensatoires comprennent : la durée de la relation, la baisse importante du niveau de vie du demandeur après la séparation, et des difficultés économiques éprouvées par le demandeur. Voir l'arrêt *Fisher*, ci-dessus; *McKenzie c. McKenzie*, 2014 BCCA 381; et *R.L. c. L.A.B.*, 2013 PESC 24 pour des analyses intéressantes du droit aux aliments sur une base non compensatoire.

Dans quelques cas, **une vision plus étroite de la pension alimentaire non compensatoire** a été exposée récemment. La manière dont certains juges comprennent le droit aux aliments sur une base non compensatoire révèle des incertitudes et des tensions continues : certains juges ont un problème avec la vision générale de la pension alimentaire non compensatoire qui est devenue prédominante depuis l'arrêt *Bracklow*, en 1999. Ces juges sont d'avis que la pension alimentaire non compensatoire devrait se limiter principalement aux cas où des difficultés économiques (ou un « besoin » réel) sont invoquées et ils remettent en question le fait de baser le droit aux aliments uniquement sur l'écart entre les revenus et la baisse du niveau de vie. Pour l'explication la plus détaillée de cette position, voir *Lee c. Lee*, 2014 BCCA 383. Dans les cas où les difficultés économiques ne sont pas en cause, cette opinion peut amener un juge à conclure à l'absence de droit aux aliments sur une base non compensatoire (voir ci-dessous) ou à accorder une pension alimentaire « transitoire » de très courte durée de façon à amortir la baisse du niveau de vie, même pour les mariages de longue durée : voir *Lee*, ci-dessus, et *Kirton c. Mattie*, 2014 BCCA 513. Il importe de souligner que dans l'affaire *Lee* la demande avait été présentée par un homme; c'est également le cas pour un certain nombre des décisions où le juge avait adopté la « vision étroite »; il est donc difficile de savoir s'il s'agit bel et bien d'un changement dans la théorie qui sous-tend l'analyse.

- Les affaires dans lesquelles **les besoins surviennent après la séparation** peuvent soulever la question de l'existence du droit aux aliments sur une base non compensatoire; voir *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 976; *Fyfe c. Jouppien*, 2011 ONSC 5462; *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707; et *M.E.K. c. M.K.K.*, 2014 BCCS 2037. (Voir également la

discussion, ci-dessous, au sujet des cas dans lesquels il a été établi que l'époux n'a pas droit aux aliments.

- Dans de nombreux cas, l'époux bénéficiaire aura **droit aux aliments sur les deux fondements**. Par exemple, les mariages de longue durée avec enfants comportent souvent des éléments importants de la pension alimentaire compensatoire et de la pension alimentaire non compensatoire. Durant les premières années suivant la séparation, l'élément compensatoire peut être prédominant, mais plus tard, le caractère non compensatoire peut prendre le dessus.
- Un **octroi important de biens** n'interdit pas nécessairement le droit aux aliments à titre compensatoire ou non compensatoire : voir *Chutter c. Chutter*, 2008 BCCA 50, *Bell c. Bell*, 2009 BCCA 280 et *Berta c. Berta*, 2014 ONSC 3919.
- S'il y a un écart de revenus important, le droit aux aliments à titre compensatoire ou non compensatoire peut être établi malgré le fait que **le bénéficiaire a un revenu relativement élevé** et pourrait sembler « indépendant » selon certaines interprétations de ce terme : voir *Gillimand c. Gillimand*, [2009] O.J. n° 2782 (C.S.J.) (épouse gagnant 93 000 \$ comme pilote ayant droit à des aliments); *Gonabady-Namadon c. Mohammadzadeh*, 2009 BCCA 448 (épouse gagnant 150 000 \$ comme médecin ayant droit à des aliments); *Mehlsen c. Mehlsen*, 2009 SKQB 279 (épouse gagnant 70 000 \$ ayant droit à des aliments); *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218 (épouse gagnant 85 000 \$); *Marzara c. Marzara*, 2011 BCSC 408 (épouse gagnant 104 000 \$); *McKenzie c. McKenzie* 2014 BCCA 381 (épouse gagnant 200 000 \$ ayant droit aux aliments); *Berta*, ci-dessus (épouse gagnant 458 000 \$ ayant droit aux aliments); et *B.L.B. c. G.D.M.*, 2015 PESC 1 (épouse gagnant 185 000 \$ ayant droit à des aliments en vertu d'une ordonnance provisoire).
- L'arrêt *Bracklow* expose aussi une **troisième base du droit aux aliments**, soit la **base contractuelle**, qui couvre non seulement les contrats conjugaux officiels, mais également les ententes tacites ou informelles. Pour une décision récente dans laquelle cette base a été utilisée, voir *Stergios c. Kim*, 2011 ONCA 836 (application de l'exception compensatoire dans le cas d'un mariage de courte durée; droit aux aliments établi sur des bases compensatoires, non compensatoires et contractuelles; l'épouse et sa famille ont appuyé l'époux afin qu'il puisse améliorer ses perspectives de carrière en Corée; l'époux s'était engagé à faire de même pour l'épouse et de l'aider à payer ses études après l'avoir parrainé pour immigrer au Canada).

Pour une bonne analyse du droit aux aliments, voir Rollie Thompson, « Ideas of Support Entitlement » (2014), 34 *Canadian Family Law Quarterly* 1.

(b) Le droit aux aliments comme question préliminaire: l'écart entre les revenus seul ne donne pas droit aux aliments

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

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

Les énoncés de principe des décisions judiciaires mettent continuellement l'accent sur le fait qu'un simple écart de revenu ne donne pas automatiquement droit à une pension alimentaire; voir *Lee*, ci-dessus, et *R.L. c. L.A.B.*, ci-dessus. **Toutefois, dans la pratique, un droit aux aliments sera généralement établi lorsqu'il y a un écart de revenus significatif au moment du dépôt de la demande initiale.** Même en l'absence de demande compensatoire, un écart de revenus significatif donnera souvent lieu à une demande non compensatoire fondée sur la perte du niveau de vie conjugale. Les Lignes directrices laissent aux tribunaux le soin de trancher la question de savoir quand un écart de revenus devient suffisamment significatif pour donner droit à des aliments. Dans certains cas, les tribunaux ont refusé d'accorder une pension alimentaire au motif que l'écart de revenus ne signifie pas une différence significative de niveau de vie.

Les décisions concluant à **l'absence de droit au moment du dépôt de la demande initiale malgré un écart de revenus significatif** sont relativement rares et sont habituellement des cas d'espèce. Bon nombre de ces décisions portent sur une demande non compensatoire. Dans bon nombre de ces cas, un autre juge aurait très bien pu déterminer qu'il existait un droit aux aliments. Les facteurs invoqués pour justifier une conclusion d'absence de droit malgré un écart de revenus se recourent souvent et sont notamment les suivants :

- un mariage de courte durée et une période limitée d'interdépendance financière : *Beese c. Beese*, 2006 BCSC 1662; *McKee c. Priestley*, 2007 BCSC 85; *Rezel c. Rezel*, [2007] O.J. n° 1460 (C.S. J.); *C.S.J. c. T.S.S.*, 2006 ABQB; *Serpa c. Yeuping*, 2007 BCSC 43; et *Merko c. Merko*, 2008 ONCJ 530.
- absence d'interdépendance financière durant le mariage, réfutant la présomption de soutien mutuel : voir *Tomlinson c. Tomlinson*, 2012 ABQB 509 (l'épouse voulait que l'époux travaille).
- malgré l'écart entre les revenus, les parties ont un niveau de vie similaire en raison, par exemple, des différences quant à leurs actifs (voir *Elias c. Elias*, 2006 BCSC 124; *Johnson c. Johnson*, 2006 BCSC 1932; et *Kerr c. Erland*, 2014 ONSC 3555) ou des différences quant à leurs dépenses (voir *Eastwood c. Eastwood*, 2006 NBQB 413), ou parce que l'écart entre les revenus n'est pas si significatif (voir *Vlachias c. Vlachias*, 2009 BCSC 843).
- le revenu du bénéficiaire peut être plus élevé que ce qu'il a déclaré (*Yar c. Yar*, 2015 ONSC 151) ou le bénéficiaire a la capacité d'augmenter ses revenus (*Lewicki c. Lewicki*, 2014 BCSC 1653 et *Tomlinson c. Tomlinson*, 2012 ABQB 509). (L'attribution adéquate d'un revenu permet d'éviter de telles situations, mais cela peut être difficile de le faire dans certains cas.)
- le revenu du payeur est supérieur au « plancher » de 20 000 \$, mais demeure limité, et on conclut à une incapacité de payer; voir *Hurley c. Hurley* 2012 NSCA 32; *Peters c. Peters*, 2015 ONSC 4006; et *Sarmiento c. Villarico*, 2014 BCSC 455.

- les cas de *payeur gardien* où le parent n'ayant pas la garde des enfants présente une demande non compensatoire et le tribunal accorde la priorité aux besoins du ménage du parent ayant la garde des enfants. Dans ces affaires, les demandes sont normalement présentées par un homme : voir *Kay c. Kay*, 2014 ONSC 5210, *Stephens c. Stephens*, 2013 ONSC 7082, *Tomlinson c. Tomlinson*, 2012 ABQB 509; and *Widney c. Widney*, 2014 BCSC 1694.
- le bénéficiaire n'a pas subi de difficultés économiques significatives ou de baisse du niveau vie après le mariage : voir *Lamothe c. Lamothe* (2006) 2006 CarswellOnt 8150, [2006] O.J. n° 5045 (C.S.J. Ont.); *J.J.G. c. K.M.A.*, 2009 BCSC 1086; *Lam c. Chui*, 2008 BCSC 1177; *Beaudry c. Beaudry*, [2010 ABQB 119; et *Heard c. Heard*, 2014 ONCA 196.
- le bénéficiaire n'a pas contribué financièrement au cours du mariage : *Lamothe*, ci-dessus, (l'époux a été sans emploi pendant la majeure partie du mariage); *S.C.J. c. T.S.S.*, 2006 ABQB 777 (union de fait de courte durée, épouse sans emploi qui avait des problèmes de jeu, de toxicomanie et d'alcoolisme); et *G.G.F. c. R.F.*, 2009 BCPC 43 (épouse toxicomane).
- l'écart entre les revenus résulte d'événements ou de choix survenus après la séparation, comme une perte d'emploi du côté du bénéficiaire ou une invalidité qui survient après la séparation (voir *Rezel c. Rezel*, [2007] O.J. n° 1460 (C.S. J.); *Barton c. Ophus*, 2009 BCSC 858; *Howe c. Howe*, 2012 ONSC 2736; et *Peters*, ci-dessus) ou une augmentation du revenu du payeur après la séparation (voir *Eastwood c. Eastwood*, 2006 NBQB 413; *Fisher c. Fisher*, 2009 ABQB 85; et *Regnier c. Regnier*, 2014 ONSC 5480).
- la cour rejette ou ignore une demande non compensatoire basée sur la perte du niveau de vie conjugale et, en l'absence d'une demande compensatoire ou de difficultés financières, conclue à l'absence de droit aux aliments; voir *Rajan c. Rajan*, 2014 ONSC 6690 et *Griffiths c. Griffiths*, 2011 ABCA 359.
- les hommes qui présentent une demande. Un nombre considérable d'affaires dans lesquels on conclut à l'absence de droit aux aliments pour divers motifs portent sur des demandes présentées par des hommes. Bien qu'ils soient de moins en moins courants, les préjugés sexistes et les stéréotypes existent toujours.
- les demandes compensatoires ou fondées sur les besoins ont été satisfaites au moment du partage des biens, le plus souvent en Colombie-Britannique, en raison du recours important à la répartition des avoirs aux fins de la pension alimentaire en vertu de la *Family Relations Act*; voir *W.J. M. c. L.A.M.*, 2007 BCSC 842 et *C.J.D. c. J.H.E.*, 2009 BCSC 1168. Ces situations seront de plus en plus rares, étant donné les nouvelles dispositions de la *Family Law Act* de la Colombie-Britannique (voir la section « Exceptions », ci-dessous).

(c) Une fourchette de montant de zéro ne doit pas être confondue avec l'absence de droit aux aliments; cela peut simplement refléter une incapacité de payer à l'heure actuelle

Lorsqu'on utilise la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, il peut arriver qu'il y ait un écart de revenus mais que l'on obtienne une fourchette de zéro : de 0 à 0 à 0. Lorsque cela se produit, il arrive que l'on suppose automatiquement qu'il n'y a pas de droit aux aliments, ce qui est une erreur. Une fourchette de zéro peut signifier qu'il n'y a pas de droit aux aliments, si l'écart entre les revenus à la fin du mariage est minime parce que les deux époux étaient sur le marché du travail, à temps plein. Toutefois, on peut obtenir une fourchette de zéro simplement parce que l'on accorde la priorité au versement de la pension alimentaire pour enfants, ce qui entraîne, dans les faits une incapacité de payer une pension alimentaire pour époux, même s'il a été établi que le droit aux aliments sur une base compensatoire existe : prenons, par exemple, le cas d'une famille à revenu moyen comptant trois ou quatre enfants, dont un des époux travail à temps partiel. Le droit aux aliments existe, mais il n'y a pas d'argent disponible, et la demande peut être présentée plus tard, au titre de l'article 15.3 de la *Loi sur le divorce*, lorsque les enfants quittent la maison ou terminent leurs études postsecondaires et que le payeur a de nouveau la capacité de payer. Voir aussi l'exception pour compensation insuffisante dans le cadre de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* (LDFPAÉ 12.11.) et la discussion au sujet de cette exception ci-dessous.

(d) Le droit aux aliments et les étapes ultérieures de l'application des Lignes directrices

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

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

- la formule *sans pension alimentaire pour enfants* est basée sur un mélange d'éléments compensatoires et non compensatoires :
 - dans le cas de mariages de courte et de moyenne durée sans enfant, elle accorde en grande partie une pension non compensatoire, en prévoyant une transition limitée dans le temps à partir du niveau de vie conjugale;
 - dans le cas des mariages de plus longue durée, qu'ils soient avec ou sans enfant, la fourchette obtenue tient compte d'éléments tantôt compensatoires, tantôt non compensatoires;
- la formule *avec pension alimentaire pour enfants* est en grande partie compensatoire, et elle tient compte des conséquences économiques des responsabilités actuelles et passées relatives à l'éducation des enfants, mais il y a aussi un élément non compensatoire.

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

- pour déterminer **l'emplacement du montant à l'intérieur des fourchettes**. Par exemple, une demande compensatoire bien fondée pourrait donner lieu à une pension se situant dans la partie supérieure de la fourchette (voir le chapitre 9 des LDFPAÉ pour l'utilisation des fourchettes);
- pour déterminer s'il y a lieu de s'écarter des fourchettes et de faire une **exception**. Par exemple, les demandes *compensatoires* donnent lieu à deux exceptions pour lesquelles les montants prévus dans les fourchettes des formules peuvent ne pas être appropriés : l'exception compensatoire pour les mariages de courte durée sans enfant, et, lorsqu'il y a des enfants, l'exception prévue à l'article 15.3 pour les demandes compensatoires qui doivent être refusées en raison de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfants (voir le chapitre 12 des LDFPAÉ pour ces exceptions). L'exception pour invalidité répond à quelques cas de demandes non compensatoires.
- pour déterminer si le bénéficiaire a droit à un montant plus élevé à la suite d'une **augmentation du revenu du payeur après la séparation**. Un fondement compensatoire du droit aux aliments peut donner plus de poids à une demande visant à partager cette augmentation qu'un fondement non compensatoire.
- pour déterminer l'effet **du remariage ou d'une nouvelle union**. L'effet d'un remariage peut différer selon que la pension alimentaire accordée à l'origine était compensatoire ou non compensatoire; voir *Kelly c. Kelly*, 2007 BCSC 227 et *Zacharias c. Zacharias*, 2015 BCCA 376. (Voir également la discussion détaillée dans la section « Remariage ou nouvelle union » ci-dessous).

(e) La durée en tant que fin du droit aux aliments

La durée est souvent oubliée dans l'analyse des LDFPAÉ. Les formules génèrent des fourchettes de montants *et* de durées. On ne peut pas prendre en compte les montants seuls. La durée n'est ni plus ni moins que la fin du droit aux aliments. Lorsqu'il est mis fin à la pension alimentaire, il peut y avoir encore un écart de revenus entre les époux, et c'est habituellement le cas.

Les LDFPAÉ génèrent des limites de durée qui déterminent la fin du droit aux aliments :

- Selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants* et la formule du *payeur gardien*, qui est basée sur la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les limites de durée sont générées pour des relations de moins de vingt ans (ou pour les bénéficiaires plus âgées, selon la « règle des 65 »).
- La formule *avec pension alimentaire pour enfants*, génère également des limites de durée, mais qui sont plus « souples », et qui sont appliquées seulement à la suite d'une révision ou d'une modification. Ici encore, il est possible, voire probable, qu'il sera mis fin à la pension alimentaire en dépit du fait qu'un écart de revenus existe toujours.

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

Même si son existence a été établie au moment de la demande initiale, de nouvelles questions relatives au droit aux aliments peuvent aussi être soulevées dans le contexte de la révision ou de la modification de l'ordonnance alimentaire (voir ci-dessous). Des questions comme l'augmentation des revenus du payeur après la séparation et l'effet du remariage ou d'une nouvelle union nous ramènent au fondement du droit aux aliments; il en va de même des cas où les revenus du bénéficiaire diminuent après la séparation. En outre, dans les demandes visant à mettre fin au versement de la pension alimentaire pour époux fondées sur le fait que le bénéficiaire est devenu indépendant, on doit se demander, en réalité, si le bénéficiaire continue à avoir droit à la pension alimentaire. L'indépendance peut être interprétée différemment en fonction du fondement initial du droit aux aliments. Voir *Rezansoff c. Rezansoff*, 2007 SKQB 32 pour une excellente discussion sur cette question dans le contexte d'une pension alimentaire non compensatoire.

4 Les ententes (LDFPAÉ 5.2)

(a) *Les Lignes directrices en tant que base de la négociation*

L'interaction entre les Lignes directrices facultatives et les ententes relatives à la pension alimentaire pour époux revêt deux dimensions. La première est **l'utilisation des LDFPAÉ dans les demandes visant à écarter ou à annuler une entente de pension alimentaire pour époux**, ce dont il sera question ci-dessous. La seconde est le rôle important des LDFPAÉ en tant que **base pour parvenir à un règlement**; de fait, l'un des objectifs principaux des LDFPAÉ est d'offrir une meilleure structure et une plus grande certitude pour la négociation et la médiation pour les questions relatives à la pension alimentaire pour époux.

Ces deux dimensions sont reliées : étant donné que les Lignes directrices ont clarifié les normes pour les pensions alimentaires pour époux, nous voyons de moins en moins de très « mauvaises affaires » et donc, moins de contestations d'ententes fondées sur l'arrêt *Miglin*.

Avec le temps, un nombre croissant d'ententes établies se fondent explicitement sur les Lignes directrices; voir, par exemple, *Swallow c. De Lara*, 2009 BCSC 911 (entente prévoyant un nouveau calcul annuel de la pension alimentaire pour époux se situant à la médiane de la fourchette prévue dans les Lignes directrices).

(b) *Cadre législatif actuel pour écarter ou annuler les ententes*

Il est maintenant assez bien compris que les Lignes directrices, de par leur caractère non obligatoire, ne peuvent pas être utilisées pour réexaminer des ententes en matière de pensions alimentaire pour époux :

- dans le cas de « vieilles » ententes (c'est-à-dire établies avant la publication des Lignes directrices), la création des Lignes directrices ne constitue pas un « changement important »;
- fait plus important encore, les Lignes directrices ne confèrent pas le pouvoir d'invalidier ou d'annuler des ententes antérieures.

L'existence d'une entente *définitive* dans laquelle il est renoncé à la pension alimentaire pour époux, qui détermine une limite de durée ou qui fixe une somme forfaitaire empêchera l'application des Lignes directrices facultatives dans le cadre juridique actuel établi par : i) le droit contractuel (y compris les doctrines de la contrainte, de l'iniquité et de l'influence indue), ii) les dispositions législatives provinciales ou iii) la *Loi sur le divorce*.

Pour ce qui est des règles de droit applicables en vertu de la *Loi sur le divorce* :

- dans le contexte d'une **demande initiale aux termes de l'article 15.2** à l'égard d'une « entente définitive », il faut appliquer les deux étapes de l'analyse *Miglin* pour déterminer l'importance à accorder à l'entente et si le tribunal peut « annuler » (**et non pas** « écarter ») l'entente.

- **les ententes qui prévoient une révision ou une modification ne sont pas des « ententes définitives »**; par conséquent, l'analyse *Miglin* ne s'applique pas; dans ces affaires, on demande à un tribunal de faire appliquer l'entente, pas de l'annuler.
- il importe de se rappeler qu'en raison de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *L.M.P. c. L.S.*, [2011] 3 SCR 775, 2011 SCC 64, les demandes présentées aux termes de l'article 17 visant à modifier les **ordonnances sur consentement**, y compris les ententes intégrées à des ordonnances judiciaires, sont maintenant traitées selon les règles qui s'appliquent dans le cas de modifications, avec un critère préliminaire de « changement important », et non selon les règles découlant de l'arrêt *Miglin*. (Les ordonnances sur consentement et les Lignes directrices sont traitées ci-dessous, dans la section « Modification et révision »).

Toutefois, une entente de pension alimentaire pour époux ne rend pas les Lignes directrices entièrement non pertinentes, contrairement à ce que croient certains avocats. Les Lignes directrices facultatives peuvent être utiles pour traiter de questions précises dans le cadre de l'analyse fondée sur l'arrêt *Miglin*, c'est-à-dire dans le contexte d'une demande initiale de pension alimentaire en vertu de la *Loi sur le divorce*, après l'établissement d'une entente définitive de pension alimentaire pour époux, et dans les contestations des ententes de pension alimentaire pour époux établies en vertu des lois provinciales.

(c) Utilisation des Lignes directrices dans une analyse fondée sur l'arrêt *Miglin*

Dans une affaire du type *Miglin*, les Lignes directrices facultatives peuvent être utiles de trois façons :

(1) Lors de la **première étape** de l'analyse fondée sur l'arrêt *Miglin*, les fourchettes des Lignes directrices peuvent être utilisées pour déterminer si l'entente respectait les objectifs de la *Loi sur le divorce* « de manière substantielle » au moment où elle a été négociée. Les tribunaux ont indiqué clairement que le fait qu'une entente prévoit un montant moindre que celui qui aurait été obtenu par l'application des Lignes directrices ne constitue pas, en soi, une raison pour écarter l'entente, et que les résultats obtenus au moyen des Lignes directrices doivent être soupesés par rapport à la propre évaluation des parties quant au caractère juste de l'application de l'entente ou à la valeur qu'elles auraient pu accorder au fait de parvenir à une entente au lieu de s'adresser aux tribunaux : voir *Turpin c. Clarke*, 2009 BCCA 530 (la première étape de l'analyse effectuée dans l'arrêt *Miglin* pour déterminer si la Loi est respectée de manière substantielle ne signifie pas qu'un écart par rapport aux Lignes directrices facultatives sera un motif pour écarter l'entente); *Duncan c. Duncan*, 2012 ONSC 4331 et *Vir c. Blair*, 2012 ONSC 7104. Par exemple, une entente prévoyant une pension alimentaire pour époux d'une durée limitée qui se situe tout près de l'extrémité inférieure des fourchettes de montants et de durées obtenues par l'application des Lignes directrices pourrait respecter la Loi de manière substantielle.

Toutefois, un écart important par rapport aux Lignes directrices peut être utile pour mettre en lumière le non-respect de la Loi au sens large : voir la décision récente rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *S.E. c. J.E.*, 2013 BCCA 540, dans laquelle il a été déterminé qu'un juge de première instance avait commis une erreur en appliquant l'analyse fondée sur l'arrêt

Miglin pour confirmer une entente prévoyant le versement d'une somme forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux, parce qu'il n'avait pas vérifié si la somme forfaitaire était substantiellement conforme. Le juge de la Cour d'appel a basé sa conclusion sur les Lignes directrices facultatives, énonçant, au par. 42 :

[TRADUCTION]

[...] Je n'entends pas par-là que, lorsqu'un tribunal doit déterminer si une entente respecte les objectifs de la *Loi sur le divorce* de manière substantielle, l'effet de l'entente doit être explicitement comparé aux résultats obtenus par l'application des Lignes directrices facultatives. Les parties peuvent en toute légitimité négocier des ententes valides qui s'éloignent des résultats des Lignes directrices, en particulier lorsque d'autres questions doivent aussi être réglées. Mais en l'espèce, une telle comparaison met en lumière, de façon générale, à quel point le montant prévu dans cette entente s'éloigne du montant approprié suggéré par les Lignes directrices.

Voir également *Quelch c. Quelch*, 2012 BCSC 667 (entente prévoyant une pension alimentaire de durée limitée et d'un montant équivalant à moins de la moitié du montant médian prévu dans les Lignes directrices après un mariage de 28 ans; écart trop important par rapport aux Lignes directrices, et aucune justification) et *Jones c. Lamont*, 2014 BCSC 1456 (la somme forfaitaire modeste ne répond pas à la demande compensatoire de l'épouse, après un mariage de 28 ans). La jurisprudence montre qu'il est souvent assez facile d'annuler ou d'écarter les ententes dans lesquelles il a été **renoncé entièrement** à la pension alimentaire pour enfants, en particulier lorsqu'il y a des enfants : voir *Veneris c. Veneris*, 2015 ONCJ 49; *Dhillon c. Dhillon*, 2014 ONSC 5608; *Cuffe c. Desjardins*, 2013 ONSC 4044; *G.G. c. M.A.*, 2014 BCSC 1023; et *S.L.C. c. C.J.R.C.*, 2014 BCSC 1814.

Lors de l'évaluation de l'entente en tenant compte des fourchettes des Lignes directrices facultatives, dans le cadre de la première étape de l'analyse *Miglin*, **pensez à la restructuration** : une entente dont le montant ne semble pas concorder avec les Lignes directrices facultatives peut, en fait, concorder davantage lorsque l'on applique la restructuration : voir *Van Erp c. Van Erp*, 2015 BCSC 203 et *Ball c. Ball*, 2012, BCSC 227.

(2) Si vous passez à **la deuxième étape** de l'analyse *Miglin*, les fourchettes des Lignes directrices facultatives correspondant à la situation *actuelle* des parties peuvent aider à déterminer s'il y a « un écart important par rapport à la gamme des résultats raisonnables qu'anticipaient les parties, au point d'aller à l'encontre des objectifs de la Loi ». Un résultat qui diffère considérablement des Lignes directrices facultatives, surtout s'il laisse le demandeur en situation de difficultés financières, pourrait mener un tribunal à conclure que les parties n'ont pas pu raisonnablement envisager un tel résultat.

(3) Si le tribunal décide de passer outre à l'entente finale dans une affaire de type *Miglin*, les fourchettes des Lignes directrices facultatives peuvent aider à déterminer le montant et la durée de la pension alimentaire pour époux; voir *Veneris*, ci-dessus (ordonnance de pension alimentaire pour époux provisoire, en raison d'un contrat de mariage contenant une clause de renonciation; extrémité inférieure de la fourchette pour tenir compte de l'entente); *Cuffe c. Desjardins*, ci-dessus (ordonnance prévoyant une somme forfaitaire basée sur le montant figurant à l'extrémité supérieure de la fourchette après que la clause de renonciation à la pension alimentaire pour époux prévue au contrat de mariage et l'entente de séparation ont été annulées à la suite de l'analyse

Miglin); *Krpan c. Krpan*, 2013 BCSC 1020 (ordonnance provisoire prévoyant un montant situé au milieu de la fourchette); et *Oostenbrink c. Oostenbrink*, 2013 BCSC 514 (montant situé au milieu de la fourchette).

Toutefois, comme cela a été reconnu dans l'arrêt *Miglin*, il peut arriver que l'intention des parties, telle qu'elle s'exprime dans l'entente, continue d'influencer les paramètres de la pension alimentaire pour époux. L'entente précédemment établie peut avoir une incidence sur l'endroit où se situe le montant dans la fourchette (voir *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707) ou donner lieu à un montant se situant inférieur à la fourchette des Lignes directrices facultatives (voir *G.G. c. M.A.*, ci-dessus, et *Jubinvile c. Jubinvile*, 2013 BCSC 2262).

(d) Utilisation des Lignes directrices facultatives dans les contestations d'ententes en vertu des lois provinciales

Nous avons mis l'accent sur l'utilisation des Lignes directrices facultatives dans une analyse de type *Miglin*, mais les Lignes directrices peuvent être tout aussi utiles lorsque l'on applique les critères pour l'établissement des ententes de pension alimentaire pour époux en vertu des lois provinciales et pour déterminer le montant de pension alimentaire pour époux si l'entente est annulée : voir *Ashton c. Ashton*, BCSC 790 (montant situé au milieu de la fourchette des Lignes directrices après l'annulation de l'entente de séparation en vertu de l'alinéa 164(5)s de la *Family Law Act* de la Colombie-Britannique).

(e) Autres documents de référence

Pour un examen de la jurisprudence découlant de l'arrêt *Miglin* jusqu'en 2011, voir Carol Rogerson, « Spousal Support Agreements and the Legacy of *Miglin* » (2012) 31 *Canadian Family Law Quarterly*, p. 13-70.

Pour un exposé détaillant le traitement des ordonnances sur consentement, voir Rollie Thompson, « To Vary, To Review, Perchance to Change: Changing Spousal Support », (2012) 31 *Canadian Family Law Quarterly*, p. 355-382.

5 L'application aux ordonnances provisoires (LDFPAÉ 5.3)

(a) L'utilisation des Lignes directrices dans les demandes provisoires

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

Dans *D.R.M. c. R.B.M.*, 2006 BCSC 1921, le juge Martinson a justifié en détail l'application des Lignes directrices facultatives aux ordonnances provisoires de pension alimentaire pour époux, et a conclu :

[TRADUCTION]

[19] Elles sont un outil précieux pour la détermination de la pension alimentaire pour époux provisoire. Puisqu'elles mettent l'accent sur les différences entre les revenus, elles constituent une mesure utile des besoins et des ressources. Leur utilisation est conforme à l'objectif des ordonnances provisoires : combler l'écart entre le début du litige et le moment où un règlement est obtenu, au cours d'un procès ou au moyen d'une entente; éviter les litiges longs et coûteux; faire aboutir un litige à un règlement en temps opportun; et réduire les conflits.

L'utilité des Lignes directrices en matière d'ordonnances provisoires lorsque l'on dispose de peu de renseignements a été mise en évidence dans la décision *Langdon c. Langdon*, 2008 CarswellOnt 545, [2008] O.J. n° 418, et dans *Thompson c. Thompson*, 2010 SKQB 322. Dans *Drouillard c. Drouillard*, 2012 ONSC 4495, une affaire portant sur un mariage de 30 ans, le juge Broad a examiné les principes généraux qui s'appliquent à la pension alimentaire provisoire et a déclaré que celle-ci devrait généralement suivre les Lignes directrices facultatives et qu'elle devrait être basée sur le partage du revenu, et non sur les budgets. Bien que les déclarations de principe régissant les ordonnances provisoires tendent à mettre l'accent sur la primauté des besoins et des ressources, elles peuvent aussi reconnaître l'existence d'un droit aux aliments à titre compensatoire : voir *B.L.B. c. G.D.M.*, 2015, PESC 1. Les Lignes directrices facultatives tiennent compte tant de l'aspect compensatoire que de l'aspect non compensatoire du droit aux aliments, et leur utilisation très fréquente pour établir des ordonnances provisoires montre que les pensions alimentaires accordées à titre provisoire peuvent également permettre d'atteindre les objectifs du modèle compensatoire.

On recense maintenant de nombreuses décisions publiées dans lesquelles les Lignes directrices facultatives ont été utilisées à l'étape provisoire.

(b) Détermination du revenu à l'étape provisoire

Il peut y avoir des preuves insuffisantes pour établir de façon certaine le revenu exact à l'étape provisoire. Une solution à ce problème pourrait consister à estimer différentes fourchettes en se fondant sur différentes hypothèses de revenu. Il y aura habituellement un certain chevauchement dans les fourchettes, ce qui peut aider à choisir le montant exact. Pour des exemples d'une telle situation, voir *Stork c. Stork.*, 2015 ONSC 312, et *Saunders c. Saunders*, 2014 ONSC 2459.

La pension alimentaire provisoire peut être rajustée rétroactivement, au cours du procès, si le revenu attribué était erroné; voir *Frank c. Linn* 2014 SKCA 87, et *Stork* ci-dessus.

(c) N'oubliez pas l'exception relative à la période provisoire

Les Lignes directrices facultatives prévoient une **exception en cas de situation financière difficile pendant la période provisoire** (voir LDFPAÉ, 12.1). Comme le juge Martinson l'a reconnu dans *D.R.M.*, ci-dessus, cette exception tient compte du fait que le montant peut devoir être calculé de façon différente pendant la période provisoire, que ce soit à la hausse ou à la baisse, pendant que les parties éclairent leur situation financière immédiatement après la séparation. Dans de nombreux cas, l'exception n'est pas encore utilisée de manière explicite, même si l'on a pris en compte la situation justifiant la détermination d'un montant différent de celui prévu par la fourchette des Lignes directrices facultatives.

Le montant fondé sur les Lignes directrices peut être **trop élevé** pendant la période provisoire dans les cas où le débiteur a des paiements élevés pour rembourser des dettes ou une hypothèque, ou lorsque le bénéficiaire demeure dans le foyer matrimonial dont l'hypothèque a été payée en entier et, par conséquent, que ses coûts de logement sont beaucoup moins élevés que ceux que payeur. Ces préoccupations quant au fait que les montants des Lignes directrices facultatives sont trop élevés s'appliquent le plus souvent aux cas qui utilisent la formule *avec pension alimentaire pour enfants* lorsque les époux ont très souvent atteint la limite de leur capacité de payer après la séparation. Par exemple, voir *Oster c. Oster*, 2014 ONSC 7183 (garde partagée; l'épouse a gardé la maison familiale); *Harrison c. Harrison*, 2015 ONSC 505 (l'époux paye l'hypothèque); *Leclerc c. Roberts*, 2014 ONSC 4201 (paiement d'hypothèque) *Acevedo-Gregory c. Gregory*, 2012 ONSC 6722 (ordonnance provisoire prévoyant la possession exclusive); *Haraphongse c. Haraphongse*, 2011 ABCA 343 (l'épouse a gardé la maison); et *Carrier c. Poon*, 2013 NBQB 146 (dettes).

Le montant des Lignes directrices facultatives peut être **trop bas** pendant la période provisoire, particulièrement dans les cas de mariage de courte durée pour lesquels les montants donnés par la formule *sans pension alimentaire pour enfants* ou la formule du *payeur gardien* sont relativement peu élevés. Cette exception peut également s'appliquer aux cas de difficultés ou d'incapacité à pourvoir aux besoins essentiels pendant la période de transition qui suit la séparation. Il peut y avoir un recoupement entre cette exception et celle qui a trait aux besoins essentiels/difficultés (LDFPAÉ 12.7), voire avec l'exception relative à l'invalidité (LDFPAÉ 12.4), mais il vaut mieux recourir à cette exception provisoire pour répondre à des besoins à court terme ou transitoires. Pour des exemples, voir *Tasman c. Henderson*, 2013 ONSC 4377 (renvoi explicite à l'exception relative à la période provisoire et à l'exception relative aux besoins essentiels/difficultés); *Singh c. Singh*, 2013 ONSC 6476 (mariage de courte durée, parrainage d'un immigrant, discussion explicite au sujet de l'exception relative à la période provisoire); *Osanlo c. Onghaei*, 2012 ONSC 2158 (payeur

gardien, besoin de la bénéficiaire, qui a été la principale responsable du soin des enfants, de s'établir); *Bhandal c. Mann*, 2012 BCSC 1098 (aucune discussion au sujet des exceptions, mais l'exception relative à la période provisoire et l'exception compensatoire pour un mariage de courte durée pourraient s'appliquer); et *S.A. c. E.A.*, 2010 NBQB 61 (exception en raison de l'invalidité mentionnée, mais l'exception en raison de circonstances provisoires a été appliquée).

(d) Inclure les périodes de pension alimentaire provisoire dans la durée

Toutes les périodes de pension alimentaire provisoire doivent être incluses dans les délais fixés par les Lignes directrices facultatives. Pour une application explicite de ce principe, voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11. En outre, la plupart des couples séparés vivront une période, plus ou moins longue, au cours de laquelle ils prendront des arrangements concernant le versement volontaire d'une pension alimentaire et tenteront de démêler les finances du ménage; ces périodes doivent aussi être prises en compte.

6 Les revenus (chapitre 6 des LDFPAÉ)

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

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

Il y a quelques différences notables entre le « revenu » aux fins de la pension alimentaire pour époux dans le cadre des Lignes directrices facultatives et le revenu utilisé aux fins du calcul de la pension alimentaire pour enfants.

- L'aide sociale n'est *pas* un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, quel qu'en soit le nom, comme « Ontario au travail » ou « Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées » (POSPH), l'AISH (programme d'aide sociale aux personnes atteintes de graves déficiences) de l'Alberta ou tout autre nom ambigu (LDFPAÉ 6.2). Le POSPH semble encore berner des avocats et des juges qui le traitent erronément comme un revenu pour le bénéficiaire, ce qui diminue la fourchette de la pension alimentaire pour époux. Pour des exemples d'un traitement approprié du POSPH et de l'aide sociale, voir *Fountain c. Fountain*, 2009 CarswellOnt 6342 (C.S.J.); *Quattrociocchi c. Quattrociocchi*, [2008] O.J. n° 5341, 2008 CarswellOnt 7977 (C.S.J.); et *Stano c. Stano*, 2014 BCSC 1677.
- Dans le cas de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, la Prestation fiscale pour enfants, la Prestation universelle pour la garde d'enfants (PUGE), la portion pour enfants du crédit pour TPS et toute autre prestation pour les enfants à charge sont traitées comme un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, contrairement à la pension alimentaire pour enfants (LD 6.3, 6.4). Le logiciel calcule automatiquement ces prestations; elles ne doivent donc PAS être calculées à la main et ajoutées au revenu, car elles seront alors comptabilisées deux fois.
- **Mise à jour** : Des changements importants seront apportés bientôt aux prestations pour les enfants, puisque le nouveau gouvernement fédéral a l'intention de fusionner la PUGE, la Prestation fiscale pour enfants et le Supplément de la prestation nationale pour enfants pour créer l'Allocation canadienne aux enfants, plus élevées. Cette nouvelle prestation comptera également un taux d'élimination graduelle, ou taux de récupération, à mesure que le revenu du bénéficiaire augmentera. Ce changement aura des répercussions sur la formule *avec pension alimentaire pour enfants*.
- Une question relative aux prestations pour les enfants a été soulevée récemment, à savoir si la prestation d'invalidité pour les enfants du Régime de pensions du Canada (RPC)

devrait être incluse dans le calcul du revenu d'un époux aux fins de la pension alimentaire pour époux. Le RPC paye une portion ou une prestation distincte pour les enfants au parent qui en a la garde, en raison de l'invalidité du parent. À notre avis, la réponse devrait être généralement « oui », conformément au traitement des autres prestations relatives aux enfants dans les Lignes directrices facultatives, pour les enfants à charge. Dans de nombreux cas, c'est le parent principalement responsable des soins et ayant un revenu moins élevé qui déclarera ce revenu, et cette inclusion réduira le montant à payer au titre de la pension alimentaire pour époux. Dans certains cas de payeur gardien, la prestation pour enfants du RPC sera versée au parent gardien ayant un revenu plus élevé. Dans un de ces cas, *Janzen c. Janzen*, 2014 BCSC 1374, le tribunal a choisi d'exclure du revenu du payeur les prestations de 5 400 \$ par année pour les deux enfants, après avoir minutieusement analysé les questions. Nous sommes d'avis qu'il aurait été préférable d'inclure la prestation d'invalidité du RPC dans le revenu du payeur (et de rajuster en conséquence son paiement au titre des dépenses prévues à l'article 7).

(b) Le moment choisi pour calculer les revenus

Dans les Lignes directrices facultatives (6.7), nous indiquons que « [l]es Lignes directrices facultatives partent du principe que le moment approprié pour déterminer les revenus des époux est la date du procès ou la date de l'entente, à l'étape initiale et à l'étape des mesures provisoires ». Les revenus peuvent changer et changent effectivement entre le moment de la séparation et la date à laquelle une pension alimentaire initiale est établie. Cependant, ces changements sont habituellement mineurs. Un long délai dans la demande alimentaire ou des changements importants dans les revenus avant qu'une ordonnance ou une entente initiale soit établie (par exemple, une augmentation considérable du revenu du payeur ou une réduction importante du revenu du bénéficiaire) peuvent compliquer l'analyse dans certains cas (voir ci-dessous, sous la rubrique « Revenus changeants »).

La question des revenus qui doivent être utilisés dans des cas de modification et de révision est traitée ci-dessous, dans les sections « Modification et révision », et « Revenus changeants ».

(c) Attribuer un revenu

Chaque partie veut attribuer un revenu plus élevé à l'autre époux, que ce soit pour augmenter ou pour réduire le montant de la pension alimentaire pour époux. Lorsque nous utilisons les lignes directrices facultatives, basées sur les revenus, il est manifeste qu'un revenu plus élevé pour le payeur tire la fourchette vers le haut, ou qu'un revenu plus élevé pour le bénéficiaire donnera lieu à une fourchette plus faible. Les tentatives d'attribution d'un revenu sont maintenant fréquentes, souvent fondées sur très peu d'éléments de preuves.

L'article 19 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* sert souvent de fondement pour ces demandes d'attribution du revenu. Il importe de se rappeler que l'article 19 est un mélange de deux types d'« attribution » : un certain nombre de dispositions que l'on pourrait décrire plus exactement comme permettant d'« attribuer » un revenu au payeur, revenu que le payeur reçoit réellement sous une forme ou une autre, par opposition à l'alinéa 19(1)a), par exemple, où un tribunal peut véritablement « attribuer » un revenu au payeur, même si celui-ci est sans emploi ou sous-employé. La majeure partie du paragraphe 19(1) met l'accent sur l'attribution

d'un revenu à un époux, afin de traiter des divers types de revenus et de situations, de manière à le mettre sur un pied d'égalité avec un employé salarié ou rémunéré (alinéas 19(1)*b*) à *e*), et *g*) à *i*)). Un revenu est véritablement attribué aux termes de l'alinéa 19(1)*a*) (et possiblement aux termes de l'alinéa 19(1)*f*), lorsqu'un tribunal doit déterminer le revenu hypothétique d'un époux.

L'attribution du revenu en application du paragraphe 19(1) doit être fondée sur des preuves. Lorsqu'un époux n'a pas d'emploi, mais qu'il devrait travailler à temps partiel ou à temps plein aux termes de l'alinéa 19(1)*a*), il est facile d'attribuer un revenu au salaire minimum, puisqu'un tribunal peut prendre connaissance d'office du salaire minimum de la province ou du territoire. Des éléments de preuve sont nécessaires pour démontrer qu'un époux pourrait gagner plus que le salaire minimum. La jurisprudence portant sur l'alinéa 19(1)*a*) sera utile; voir, par exemple, *Drygala c. Pauli* (2002) 61 O.R. (3s) 711 (C.A. Ont.).

Dans de nombreux cas, il sera difficile de prouver combien un époux devrait être en mesure de gagner. Il peut être plus facile de simplement débattre de la situation à l'intérieur de la fourchette de montants, d'établir un montant moins élevé dans la fourchette si le revenu du bénéficiaire est en cause, ou un montant plus élevé lorsque c'est celui du payeur qui est en cause.

Dans bon nombre de cas où on a attribué un montant de revenu peu élevé, le fait d'attribuer un revenu additionnel ne change pas beaucoup la fourchette, ce qui signifie qu'il y aura un chevauchement important entre la fourchette pour le revenu réel et la fourchette pour le revenu attribué souhaité, comme il est expliqué dans la prochaine section. De la même façon, dans le cas d'un payeur ayant un revenu élevé, le fait d'attribuer un revenu d'emploi à temps partiel ou à temps plein au salaire minimum ne changera pas beaucoup non plus la fourchette de montants. Dans de tels cas, mieux vaudrait peut-être concéder la preuve du revenu, qui prend du temps, et débattre de la situation du montant à l'intérieur de la fourchette.

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

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

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

Pour un excellent exemple de ce qui précède à l'étape provisoire, voir *Saunders c. Saunders*, 2014 ONSC 2459. Pour d'autres exemples, voir *Kozek c. Kozek*, 2009 BCSC 1745 (protonotaire), confirmé en appel par 2009 BCSC 1663 (revenu de dividende) et *Muzaffar c. Mohsin*, [2009] O.J. n° 4005 (C.S.J.) (époux travaillant pour son propre compte).

Un autre exemple serait les affaires où le tribunal doit décider s'il y a lieu d'attribuer un revenu à un bénéficiaire de pension alimentaire, ou combien, lorsque la question de l'indépendance économique est en jeu. Tout comme pour le payeur, des hypothèses différentes de revenu produiront des fourchettes qui se chevauchent. Lorsque l'écart entre les revenus est important, il y aura un chevauchement important, ce qui simplifiera souvent le résultat, comme ce fut le cas dans *Teja c. Dhandra*, 2009 BCCA 198 (le juge du procès avait considéré des fourchettes de revenus de l'épouse de 25 000 \$ et de zéro). Voir aussi *P.D.E. c. A.J.E.*, 2009 BCSC 1712 (épouse sous-employée, fourchettes fixées pour des revenus de 20 000 \$, 40 000 \$ et 50 000 \$, ordonnance décroissante jusqu'à extinction prononcée).

(e) Majoration du revenu non imposable

Selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, qui est basée sur les revenus bruts, tout revenu non imposable devra généralement être « majoré », soit en saisissant correctement les données concernant le revenu dans le logiciel, soit en faisant des calculs à la main (lorsque l'on n'utilise pas de logiciel). Si les données sont saisies correctement, le logiciel calculera la majoration. Il en va de même pour le revenu non imposable dans les cas utilisant la formule du *payeur gardien* ou pour *enfants adultes*. Le revenu peut provenir d'une source légitimement non imposable, comme les indemnités d'accident du travail, les revenus gagnés dans une réserve et les prestations d'invalidité à long terme, ou d'une source qui a été indûment non déclarée aux fins de l'impôt, comme des pourboires ou des paiements en espèces pour un travail effectué. Ces deux formes de revenu non imposable doivent être majorées pour faire des calculs selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, afin de traiter également les personnes qui gagnent un revenu brut et celles qui gagnent un revenu non imposable.

Le reste des formules *avec pension alimentaire pour enfants* sont basées sur le revenu net plutôt que le revenu brut pour calculer la pension alimentaire pour époux, mais vous devez quand même saisir correctement les données concernant le revenu dans le logiciel. Le logiciel insèrera les revenus non imposables directement dans le calcul du revenu net aux fins de la pension alimentaire pour époux pour ces formules. Il importe toutefois de garder à l'esprit que tout revenu non imposable devra être majoré par le logiciel pour calculer le bon montant au titre de la pension alimentaire pour enfants.

Lorsque le revenu du payeur provient essentiellement de sources légitimement non imposables, vous pourriez devoir utiliser l'exception relative au « revenu non imposable », dont il est question plus bas, dans la section « Exceptions ».

(f) Conseils et alertes concernant la détermination du revenu

Outre ces difficultés importantes pour ce qui est de la détermination du revenu, quelques difficultés mineures doivent aussi être notées, tant pour les calculs effectués à la main que ceux qui sont faits à l'aide du logiciel.

- Quelle est l'erreur simple la plus fréquente? Oublier de déduire les cotisations syndicales du revenu aux fins de l'application des Lignes directrices, comme le permet l'alinéa 1g) de l'Annexe III des Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants.
- N'oubliez pas de vérifier les autres « rajustements du revenu » de l'Annexe III.
- Trop souvent, les avocats et les autres intervenants inscrivent toutes les formes de revenus dans la catégorie par défaut « revenu d'emploi », sans trop réfléchir. Un exemple de cette situation serait le revenu non imposable dont il a été question ci-dessus. Selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les autres sources d'erreur sont plus rares, puisque les calculs sont basés sur le revenu brut. Toutefois, il y a encore des risques d'erreurs relativement au revenu de la ligne 150 : par exemple, vous devez utiliser les montants réels des gains en capital et des dividendes de sociétés canadiennes imposables, tel qu'il est indiqué aux articles 5 et 6 de l'Annexe III.
- Selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, le risque d'erreur est beaucoup plus grand lorsque l'on saisit le revenu, puisque la formule est basée sur le *revenu net* et, par conséquent, est affectée par chaque forme de revenus, puisque les impôts, les déductions, les crédits, les cotisations au RPC et à l'assurance emploi diffèrent pour chaque type de revenu brut. Par exemple, une personne qui reçoit des prestations du RPC ou toute autre forme de revenu de pension ne paiera pas de cotisations au RPC ou à l'assurance emploi (cotisations déduites du revenu d'emploi).

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

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

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

Judd c. Judd, 2010 BCSC 153 (augmentation complète du revenu ajoutée après discussion approfondie).

- L'article 14 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* fixe un seuil très bas pour demander une modification de la pension alimentaire pour enfants, considérant qu'elle devrait augmenter ou diminuer en fonction du revenu du payeur, souvent sur une base annuelle, du moins pour ce qui est du montant d'après les tables. Par contre, le seuil pour modifier la pension alimentaire pour époux est plus élevé, et certains juges tenteront donc de déterminer un revenu plus « stable », atténuant les fluctuations ou prévoyant les augmentations anticipées : voir par exemple *K.D. c. N.D.*, 2009 BCSC 995 (fluctuations de revenu).
- Lorsque le revenu du payeur dépasse le « plafond » de 350 000 \$ par année, le tribunal ordonnera normalement le montant de pension alimentaire pour enfants d'après les tables pour des revenus allant jusqu'à 1 million de dollars par année, mais pourra utiliser un revenu moindre aux fins de l'application des Lignes directrices facultatives en matière de pension alimentaire pour époux (LDFPAÉ, 11.3). Voir par exemple *Dickson c. Dickson*, 2009 MBQB 274 (revenu de 2005-2007 aux fins de la pension alimentaire pour enfants de 520 877 \$, mais de 350 000 \$ aux fins de la pension alimentaire pour époux, légère erreur dans l'utilisation du montant plus élevé de la pension alimentaire pour enfants réelle pour le calcul de la pension alimentaire pour époux à hauteur de 350 000 \$, plutôt que le montant de la pension alimentaire pour enfants pour un revenu de 350 000 \$).
- Il y a souvent de bonnes raisons de principe pour attribuer un revenu au payeur aux fins de la pension alimentaire pour enfants, afin que l'enfant bénéficie pleinement de la capacité de gain du payeur, mais ces raisons sont plus faibles dans le cas de la pension alimentaire pour époux. Voir par exemple *Martin c. Orris*, 2009 MBQB 290 (différents montants d'entreprise versés à des membres de la famille ainsi que des dépenses jugées non déductibles du revenu aux fins de la pension alimentaire pour enfants, mais pouvant être reconnus comme dettes de longue date pour déterminer le revenu aux fins de la pension alimentaire provisoire pour époux). De même, le tribunal pourra être disposé à attribuer des revenus d'entreprise avant impôt à titre de revenu aux fins de la pension alimentaire pour enfants en vertu de l'article 18 des Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, mais le sera moins pour déterminer la pension alimentaire pour époux.
- Enfin, il peut y avoir des situations où la relation entre le partage des biens et la pension alimentaire pour époux implique qu'un revenu du payeur différent, inférieur, sera utilisé aux fins de la pension alimentaire pour époux. Voir *Klefenz c. Klefenz*, 2015 NSSC 196 (paiement au titre du capital dans une transaction concernant des actions incluses dans le calcul de la pension alimentaire pour enfants, mais pas dans celui de la pension alimentaire pour époux). Par exemple, si des options d'achat d'actions sont évaluées et partagées dans le cadre du partage des biens, il se peut que celles-ci ne soient pas traitées comme un revenu aux fins de la pension alimentaire pour époux, même si elles peuvent l'être aux fins de la pension alimentaire pour enfants. Sur cette question d'options d'achat d'actions et de boni, voir Cole, « The Dual Character of Employment Benefits » (2009), 28 *Canadian Family Law Quarterly* 95.

(h) Autres questions touchant le revenu

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

- Plafonds et planchers : les revenus supérieurs au « plafond » et inférieurs au « plancher » sont traités sous la rubrique « Plafonds et planchers » (LDFPAÉ 11).
- Revenu non imposable du payeur : il existe une exception lorsque le payeur tire la majorité ou la totalité de son revenu de sources légitimement non imposables; cette question est traitée sous la rubrique « Exceptions » (LDFPAÉ 6.6 et 12.8).
- Augmentation de revenu du payeur après la séparation : cette question importante et difficile est traitée plus loin, sous la rubrique « Revenus changeants » (LDFPAÉ 14.3).
- Demandes retardées : aussi traitées plus loin, sous la rubrique « Revenus changeants ».
- Attribution d'un revenu au titre de l'indépendance économique : la question est traitée sous la rubrique « Indépendance économique » (LDFPAÉ 13.2).
- Obligations alimentaires antérieures : un rajustement du revenu est nécessaire pour cette exception; souvent, le logiciel fait automatiquement le rajustement lorsque les données sont saisies; la question est traitée sous la rubrique « Exceptions ».
- Arrêt *Boston* et double ponction : lorsqu'une pension a déjà été divisée dans le cadre du règlement concernant les biens, il pourrait être nécessaire d'appliquer une exception et de rajuster le revenu; la question est traitée sous la rubrique « Retraite ».

7 La formule *sans pension alimentaire pour enfants* (chapitre 7 des LDFPAÉ)

Dans les cas où il n'y a pas d'enfant à charge, on applique la **formule *sans pension alimentaire pour enfants***. Cette formule vise diverses situations de fait : des mariages de toutes durées (courte, moyenne et longue) desquels aucun enfant n'est issu, ainsi que des mariages de longue durée dont les enfants sont maintenant adultes. De même, dans les cas de mariages de durée moyenne avec enfants, la pension alimentaire sera initialement établie au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, mais une fois que les enfants sont indépendants, le montant pourrait être calculé au moyen de cette formule (LDFPAÉ 14.5, et ci-dessous).

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

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

Certaines questions difficiles relativement à cette formule seront expliquées plus en détail ci-dessous, mais il importe de faire d'abord quelques rappels au sujet de l'application de la formule :

- Pour les fins du calcul de la **durée de la relation**, il faut s'assurer d'inclure les périodes de **cohabitation avant le mariage**. D'autre part, cette période se termine à la date de la **séparation** (et non du divorce). Par conséquent, la **durée de la relation** doit être calculée à partir du moment où la cohabitation a commencé jusqu'à la date de la séparation.
- S'il y a eu **une période de séparation pendant la relation, suivie d'une réconciliation** et que la cohabitation s'est alors poursuivie, dans la plupart des cas, la manière appropriée de calculer la durée de la relation sera le **total cumulatif des périodes de cohabitation** et **non pas** la dernière période de cohabitation seulement; voir *Broadbear c. Prothero*, 2011 ONSC 3636, et *R.L. c. N.L.*, 2012 NBQB 160. Toutefois, des circonstances exceptionnelles, comme une période de séparation extrêmement longue, pourraient nécessiter une approche différente.
- Lorsque l'on a recours à cette formule, il est important d'**établir le fondement du droit aux aliments**, notamment s'il est non compensatoire, compensatoire ou les deux à la fois (se reporter à l'exposé ci-dessus et au chapitre 4 des LDFPAÉ), pour déterminer la situation à l'intérieur des fourchettes et si une exception justifie ou non une dérogation aux fourchettes.

- Il est important de déterminer **l'emplacement dans la fourchette**, étant donné la diversité de situations de fait auxquelles cette formule s'applique. Le milieu de la fourchette ne devrait pas constituer le montant accordé par défaut (voir le chapitre 9 des LDFPAÉ, et l'exposé ci-dessous).
- Même si la formule fonctionne avec des montants bruts, il est toujours important, lorsque l'on détermine un montant précis de pension alimentaire au sein d'une fourchette, de confronter ce chiffre avec la réalité en vérifiant les **positions du revenu net disponible** après le versement du montant en question, notamment dans le cas de mariages de longue durée.
- Il convient de noter que **l'égalisation du « plafond » du revenu net** fait partie de la formule pour calculer le montant (LDFPAÉ, 7.4.1). Ce « plafond » s'applique aux mariages de longue durée (25 ans et plus), lorsque la fourchette se situe entre 37,5 et 50 pour cent de l'écart entre les revenus bruts. Le « plafond » met en œuvre le principe voulant que le bénéficiaire d'une pension alimentaire pour époux ne devrait jamais recevoir un montant qui le laisse avec plus de 50 pour cent du revenu net disponible ou des liquidités mensuelles des époux. Les logiciels peuvent calculer ce plafond du revenu net avec précision et le présente comme étant la limite supérieure de la fourchette. (Pour ceux qui ne possèdent pas le logiciel ou qui ne disposent pas de calculs précis du revenu net, ce plafond peut être calculé simplement à la main, à raison de 48 pour cent de la différence entre les revenus bruts. Cette méthode du « 48 pour cent » ne constitue pas la meilleure solution mais elle est quand même satisfaisante.)
- Lorsque les fourchettes produites par la formule semblent inadéquates, il faut envisager une **restructuration** (voir ci-dessous et le chapitre 10 des LDFPAÉ) et penser aux **exceptions** (voir ci-dessous et le chapitre 12 des LDFPAÉ); elles s'appliquent principalement aux cas auxquels s'applique la formule *sans pension alimentaire pour enfants*.
- Dans les cas de **mariages de longue durée**, de nombreuses difficultés se présenteront dans les demandes subséquentes **de modification et d'examen** pour résoudre des points comme le changement de revenus au fil du temps, l'indépendance économique du bénéficiaire, la retraite et les nouvelles unions; toutes ces questions sont traitées dans des sections distinctes, ci-dessous.

(a) Le problème du montant limité dans les mariages de courte durée sans enfant (LDFPAÉ 7.4.2)

Dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les mariages de courte durée donnent droit à des montants très limités, voire nuls, même dans les cas où il existe un écart important entre les revenus. Dans de nombreux cas, les montants modestes générés par la formule seront restructurés en un montant forfaitaire ou une pension alimentaire transitoire d'une durée très courte. Ce résultat est conforme au droit actuel et ne soulève généralement aucun problème; voir *Newcombe c. Newcombe*, 2014 ONSC 1094. Les exceptions cernées peuvent s'appliquer à la plupart des cas de mariage de courte durée lorsque le résultat produit par la formule semble inapproprié. Ces exceptions étant exposées en détail ci-dessous, nous nous contenterons de les signaler ici :

- Il ne faut pas oublier l'**exception compensatoire** (LDFPAÉ 12.5 et ci-dessous), qui s'applique aux mariages de courte durée ou de durée moyenne sans enfant lorsqu'il y a d'importantes demandes compensatoires qui ne sont pas suffisamment compensées par les montants modestes de nature non compensatoire et transitoire générés par la formule.
 - Ces demandes compensatoires peuvent être liées à une **perte économique** découlant, par exemple, d'un déménagement ou d'une démission pour se marier ou pour permettre l'embauche de l'autre époux;
 - Elles peuvent aussi viser une **demande en restitution** (contributions au financement des études de l'époux et séparation avant que l'époux pourvoyeur ait pu profiter des avantages de la capacité accrue de gagner un revenu de l'autre époux).

Ces demandes compensatoires doivent être évaluées sur une base individuelle.

- **L'exception provisoire en cas de situation financière difficile** (voir ci-dessus et LDFPAÉ 12.1) peut également s'appliquer aux mariages de courte durée lorsque les montants générés par la formule ne permettent pas de manière réaliste de subvenir aux besoins immédiats pendant la période de transition suivant la rupture du mariage.
- **L'exception relative aux besoins essentiels/difficultés** (voir ci-dessus et LDFPAÉ 12.7) tient compte du problème particulier posé par les mariages de courte durée (1 à 10 ans) lorsque le bénéficiaire a peu ou pas de revenus et que l'on considère que la formule n'ouvre pas droit à une pension suffisante pour permettre au bénéficiaire de répondre à ses besoins essentiels durant une période de transition qui va au-delà de l'exception provisoire. Cette exception peut notamment s'appliquer aux affaires de parrainage en matière d'immigration (voir la section b) ci-dessous).
- **L'exception en cas d'invalidité** (voir LDFPAÉ 12.4 et l'exposé sur les exceptions ci-dessous) peut aussi s'appliquer dans le cas d'un mariage de courte durée lorsque le bénéficiaire est atteint d'une maladie ou d'une invalidité chronique.

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

Un type de mariages de courte durée soulève des questions particulières selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants* : ceux où il y a une entente de parrainage d'un des époux immigrants au moment de la rupture du mariage. De nos jours, la plupart des ententes de parrainage durent trois ans, mais elles pouvaient durer jusqu'à dix ans par le passé. Dans certaines affaires de mariage de très courte durée, les tribunaux ont utilisé la durée de l'entente de parrainage pour fixer la durée de la pension alimentaire pour époux, ce qui la prolongeait au-delà des fourchettes de durées des Lignes directrices facultatives. Certains tribunaux ont aussi, dans de tels cas, ordonné des montants de pension alimentaire plus élevés que le montant se situant à l'extrémité supérieure de la fourchette afin qu'il couvre les besoins essentiels du bénéficiaire et lui évite de devoir recourir à l'aide sociale. Voir *Gidey c. Abay*, [2007] O.J. n° 3693 (C.S.J. Ont.) et *T.M. c. M.A.G.*, 2006 BCPC 604 et *Singh c. Singh* 2013 ONSC 6476.

Certaines des exceptions prévues peuvent être pertinentes pour justifier que l'on s'écarte des fourchettes établies par les formules, et les juges y ont certainement eu recours :

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

Bien que la jurisprudence relative à cette question ne soit pas encore établie, il reste que l'entente de parrainage pourrait être un facteur indépendant dans le cas de mariages de courte durée, donnant lieu à un montant ou à une durée s'écartant des fourchettes établies par les formules.

Il importe de souligner que dans certaines affaires de parrainage, la question du droit aux aliments peut se poser. Malgré l'entente de parrainage, le tribunal peut conclure qu'il n'y a pas de droit aux aliments : voir *Mazlumisadat c. Zarandi*, [2010] O.J. n° 252 (C.S.J.) (mariage d'un an, pas de droit aux aliments parce que l'époux avait dit à l'épouse de ne pas venir); *Merko c. Merko*, 2008 ONCJ 530 (mariage de très courte durée; aucune fusion de leurs vies économiques, l'une et l'autre partie sans revenu).

(c) Les limites de durée selon la formule sans pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ 7.5)

Tenir compte de la durée. Nous avons constaté que la formule *sans pension alimentaire pour enfants* est abondamment employée pour déterminer le montant de la pension, mais que la durée est souvent laissée de côté. Il s'agit d'une mauvaise application de la formule. Le montant et la durée sont des parties inter reliées de la formule : voir *Domirti c. Domirti*, 2010 BCCA 472. L'application d'une partie de la formule sans appliquer l'autre nuit à son intégrité et à sa cohérence. L'extension de la durée au-delà des fourchettes prévues par la formule, par exemple, nécessite un ajustement correspondant des montants au moyen d'une **restructuration** (voir ci-dessous et le chapitre 10 des LDFPAÉ) ou une conclusion portant que les faits de l'espèce appellent une exception (voir ci-dessous et le chapitre 12 des LDFPAÉ).

Cette formule donne lieu à des **limites de durée** dans le cas de relations de moins de 20 ans et que la règle des 65 n'est pas applicable. On accepte de plus en plus le **caractère approprié des limites de durée, plus particulièrement lorsque le fondement du droit aux aliments est essentiellement non compensatoire** et que l'objectif de la pension alimentaire est d'assurer la transition vers un niveau de vie inférieur : voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11 (7 ans de pension alimentaire après 19 ans de mariage sans enfant; à l'intérieur de la fourchette globale après restructuration). **L'une des réussites des Lignes directrices facultatives a été de mieux structurer la question de la durée dans les mariages de durée moyenne, tant avec cette formule qu'avec la formule avec pension alimentaire pour enfants.**

- Il faut garder à l'esprit que les **ordonnances de durée limitée peuvent être modifiées** lorsqu'un changement de circonstances survient. Voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11, *Fewer c. Fewer*, 2005 NLTD 163, *Bastarache c. Bastarache*, 2012 NBQB 75, et *R.L. c. N.L.*, 2012 NBQB 160.
- Les ordonnances de durée limitée ne sont pas forcément nécessaires pour établir des délais, qui peuvent être utilisés d'une manière plus « souple » pour structurer le processus continu de révision et de modification (voir le paragraphe ci-après).

Application des limites de durée avec la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Les limites de durée selon cette formule peuvent être appliquées de différentes manières. Les délais courts (moins de 10 ans) sont plus faciles à appliquer au moyen de limites de durées établies dans les ordonnances initiales, ce qui semble plus difficile à faire avec des fourchettes de durée plus longues. Toutefois, **les délais applicables selon cette formule peuvent être employés d'une manière plus souple**, similaire à l'utilisation des fourchettes de durées établies au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, **pour structurer le processus continu de révision et de modification**. Bien que l'ordonnance initiale soit illimitée, et peut-être assujettie à une révision, une limite peut être imposée, ou on peut mettre fin à la pension alimentaire lors d'une modification ou d'une révision ultérieure.

- Pour des affaires dans lesquelles **une limite de durée a été établie dans l'ordonnance initiale**, voir *Fisher*, ci-dessus (pension alimentaire d'une durée de 7 ans après 19 ans de mariage, sans enfant; à l'intérieur de la fourchette globale après restructuration); *Zimmaro c. Smee*, 2013 BCSC 381 (relation de 18 ans, sans enfant, pension alimentaire pour 4 ans de plus, après près de 5 ans de pension alimentaire provisoire); *R.L. c. L.A.B.*, 2013 PESC 24 (15 ans de mariage, sans enfant, pension alimentaire pour 3 ans de plus, après 8 ans de pension alimentaire provisoire, pour un total de 11 ans); *Tamaki c. Dahlie*, 2012 BCSC 1917 (18 ans de mariage, sans enfant, pension alimentaire pour encore 4,5 ans, après 4,5 ans de pension alimentaire provisoire, pour un total de 9 ans); *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707 (relation de 11 ans, sans enfant, montant forfaitaire basé sur le point milieu des fourchettes de montants et de durées); *Friedl c. Freidl*, 2012 ONSC 6337 (ordonnance de durée limitée, soit 7 ans, après un mariage de 25 ans; total de 10 ans en comptant la période provisoire; demande non compensatoire uniquement) et *Bastarache c. Bastarache*, 2012 NBQB 75 (durée de 18 ans, pour un mariage de 18 ans, montant forfaitaire rétroactif basé sur une période de 13 ans, et pension alimentaire de durée limitée, pour 5 autres années, sous réserve de modification). Comme il a été mentionné ci-dessus, les risques éventuels associés à une longue durée déterminée peuvent être réduits par la possibilité d'une demande de modification lorsqu'un changement de circonstances survient.
- Pour des affaires **dans lesquelles les limites de durées ont été appliquées dans le cadre d'une révision ou d'une modification subséquente**, voir *Kerman c. Kerman*, 2008 BCSC 500; *Hanssens c. Hanssens*, 2008 BCSC 359; *Kelly c. Kelly*, 2007 BCSC 227; *Gammon c. Gammon*, 2008 CarswellOnt 6349 (C.S.J.) (durée totale de 10 ans après une relation de 15 ans, sans enfant; fin de la pension alimentaire 4 ans après la séparation à la suite de la demande de modification, après le départ à la retraite de l'époux); *Bourque c. Bourque*, 2008 NBQB 398 (durée totale de 16 ans après un mariage de 17 ans; fin de la pension alimentaire 9 ans après la séparation à la suite de la demande de révision); *Maber c. Maber*, 2012 NBQB 337 (passage d'une formule à l'autre, modification; deux autres années de pension alimentaire, pour un total de 18 ans, après un mariage de 18 ans); *Domirti c. Domirti*, 2010 BCCA 472 (passage d'une formule à l'autre, révision, fin de la pension alimentaire au bout de 16 ans, après une relation de 16 ans). Pour d'autres bons exemples de décisions utilisant la formule du *payeur gardien*, voir *Puddifant c. Puddifant*, 2005 NSSC 340 et *R.L. c. N.L.*, 2012 NBQB 160 (relation de 16 ans, révision 8 ans après la séparation, pension alimentaire pour 8 autres années, sous réserve de modification).

- De façon générale, les pensions alimentaires accordées dans les affaires de **demandes fortement compensatoires** (p. ex. passage d'une formule à l'autre) ont tendance à être situées à l'extrémité **supérieure** des fourchettes de durée, et celles qui sont accordées dans **bon nombre de demandes non compensatoires** (p. ex. lorsque l'objectif est de favoriser la transition d'un niveau de vie conjugale élevé vers un niveau inférieur), à l'extrémité **inférieure** de la fourchette de durées. Cependant, dans les cas de **maladie et d'invalidité**, des besoins extrêmes peuvent donner lieu à des pensions alimentaires d'une durée se situant plutôt vers l'extrémité supérieure, voire au-delà, de la fourchette de durées.
- **L'exception relative à l'invalidité** (voir l'exposé au sujet des exceptions, ci-dessous, et la section 12.4 des LDFPAÉ) peut donner lieu à une prolongation de la pension alimentaire au-delà des fourchettes de durées obtenues au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, tout comme **l'exception découlant de l'article 15.3** dans les cas où l'on passe d'une formule à une autre (voir ci-dessous la section à cet effet).

Les fourchettes de durées des LDFPAÉ sont-elles trop longues? Dans certains cas, les tribunaux ont rendu des ordonnances alimentaires prévoyant des durées en deçà de l'extrémité inférieure des fourchettes des LDFPAÉ. Certains de ces cas sont simplement des exemples de restructuration dans lesquels la pension alimentaire accordée se situe tout de même à l'intérieur des fourchettes globales; voir, *Fisher*, ci-dessus (pension alimentaire d'une durée de 7 ans après 19 ans de mariage, sans enfant; à l'intérieur de la fourchette globale après restructuration); *Mercel c. Bouillon*, ONSC 6557 (la pension alimentaire à la suite d'une union de fait de 14 ans devrait être illimitée, en raison de la « règle des 65 », mais supérieure au montant des Lignes directrices facultatives versé depuis plusieurs années; fin de la pension alimentaire après 17 ans). Cependant, dans deux décisions récentes, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a laissé entendre que les demandes non compensatoires basées uniquement sur une baisse soudaine du niveau de vie ne devraient donner lieu qu'à des pensions alimentaires « transitoires » limitées, même pour des mariages de longue durée, et que les fourchettes des Lignes directrices facultatives sont peut-être trop longues : voir *Lee c. Lee*, 2014 BCCA 383, et *Kirton c. Mattie*, 2014 BCCA 513. Pour l'instant, on ne sait pas avec certitude si ces décisions sont le reflet de jugements fondés sur des faits ou suggèrent un changement plus important dans les réflexions au sujet du droit aux aliments qui aura une incidence sur la durée des pensions alimentaires.

(d) Les mariages de longue durée et la pension alimentaire illimitée

- **La signification de durée « illimitée ».** La durée établie au moyen de cette formule est illimitée lorsque la relation a duré 20 ans ou plus ou lorsque la règle des 65 s'applique (voir la section qui suit). Nombreux sont ceux qui interprètent mal cette expression. **Une pension alimentaire illimitée n'est pas nécessairement permanente.** L'expression signifie simplement qu'aucune durée n'a pu être déterminée au moment où l'ordonnance a été rendue ou l'entente a été établie. En outre, cela ne signifie certainement pas que la pension alimentaire demeurera de manière indéfinie au niveau fixé au moyen de la formule, puisque de telles ordonnances sont susceptibles d'être modifiées ou révisées si les circonstances changent avec le temps. Dans les Lignes directrices facultatives, nous avons adopté

l'expression « **illimitée (durée non précisée)** » pour exprimer le fait que les ordonnances de durée illimitée **peuvent faire l'objet de modifications et d'une révision**. Au terme du processus de modification et de révision, les ordonnances peuvent même être soumises à des **limites de durée**, voire il peut y être mis fin, à la suite de changements du revenu, de la retraite, d'une nouvelle union ou de considérations relatives à l'indépendance économique; ces aspects sont tous exposés dans des sections distinctes ci-dessous. Pour un bon exposé sur le sens à donner à la pension de durée « illimitée », voir *Banziger c. Banziger*, 2010 BCSC 179.

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

(e) La durée et la « règle des 65 » (LDFPAÉ 7.5.3)

Pour déterminer la durée au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, même si la relation a duré moins de 20 ans, il peut être approprié d'accorder une pension alimentaire de durée illimitée selon la « règle des 65 », qui s'applique si la somme des années de cette relation et de l'âge du bénéficiaire à la date de la séparation est égale ou supérieure à 65. Pour deux décisions rendues par des cours d'appel où l'on a appliqué la « règle des 65 », voir *Djekic c. Zai*, 2015 ONCA 25 (8 ans de cohabitation, les deux parties sont âgées de plus de 60 ans; l'époux a un revenu de 90 000 \$, et l'épouse, un revenu de 24 000 \$; le juge de première instance a ordonné une pension alimentaire d'une durée de 6 ans, la cour d'appel a déterminé qu'il s'agissait d'une erreur, utilisation de la « règle des 65 », aucune limite de durée); et *Frank c. Linn*, 2014 SKCA 87 (union de 16 ans, l'épouse était âgée de 52 ans au moment de la séparation; le juge de première instance a ordonné une pension alimentaire illimitée, pas d'erreur, « règle des 65 »).

- **Ne s'applique pas aux mariages de courte durée.** Il est à noter que la « règle des 65 » pour une pension alimentaire illimitée (durée non précisée) ne s'applique pas aux mariages de courte durée de moins de 5 ans.
- **Âge à la date de la séparation.** Il faut aussi noter que le calcul pour la « règle des 65 » doit prendre en compte l'âge du bénéficiaire au moment de la séparation, et non au moment de la demande ou du procès (voir *Domirti c. Domirti*, 2010 BCCA 472, dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le tribunal inférieur, dans le cadre d'une demande de révision, avait appliqué incorrectement la « règle des 65 »; l'ordonnance du tribunal inférieur, qui prévoyait une pension alimentaire illimitée, a été remplacée par une ordonnance fondée sur l'application de la fourchette de durées des Lignes directrices facultatives, mettant fin à la pension alimentaire pour époux).

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

Un type d'affaires commence à émerger dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, soit les mariages de durée moyenne avec enfants. Dans ces affaires, il y a des enfants à charge au moment de la séparation, et la pension alimentaire pour époux a au départ été déterminée selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Mais après que celle-ci a pris fin, ces affaires pourraient passer à la formule *sans pension alimentaire pour enfants* dans la foulée d'une demande de révision ou de modification, et les limites de durée établies selon cette dernière formule s'appliqueraient. Il est important de connaître l'existence de cette catégorie particulière d'affaires. Nous avons créé une section distincte au sujet du passage d'une formule à l'autre (voir ci-dessous) pour signaler les difficultés propres à ces affaires.

8 La formule avec pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ, chapitre 8)

La formule *avec pension alimentaire pour enfants* regroupe en réalité plusieurs formules, bâties autour des ententes en matière de garde et de pension alimentaire pour enfants. La pension alimentaire pour enfants a préséance sur la pension alimentaire pour époux, comme il est indiqué dans l'article 15.3 de la *Loi sur le divorce* et dans les dispositions équivalentes des lois provinciales. Cette priorité de la pension alimentaire pour enfants se reflète dans les calculs du revenu pour ces formules. Après avoir traité de certaines questions d'ordre général, nous examinerons en détail les différentes formules *avec pension alimentaire pour enfants*.

Le chapitre 8 des Lignes directrices facultatives renferme une explication détaillée des formules pour le calcul des montants et de la durée, ainsi que de la manière dont elles ont été conçues. Dans ces circonstances, le fondement principal de la pension alimentaire pour époux est *compensatoire*. L'interaction des pensions alimentaires pour enfants et pour époux peut souvent soulever des questions juridiques complexes : pour de plus amples renseignements, voir Rollie Thompson, « The Chemistry of Support : The Interaction of Child and Spousal Support » (2006), 25 *Canadian Family Law Quarterly* 251. Les prestations et les crédits gouvernementaux pour enfants ont aussi une incidence sur ces formules, puisque les sources publiques de soutien financier pour les enfants et leurs gardiens servent à réduire les demandes de pensions alimentaires pour époux pour les parents à faible revenu.

Notre examen de la jurisprudence laisse à penser que dans 90 pour 100 des cas fondés sur la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, la pension alimentaire accordée se situe dans les fourchettes de montants prévues par la formule; les autres cas tombent à l'extérieur de la fourchette pour de bonnes raisons, par exemple à cause d'exceptions ou de faits inhabituels. Cette situation n'a rien d'étonnant, étant donné l'homogénéité des situations de faits qui sous-tendent la plupart des affaires *avec pension alimentaire pour enfants* (à l'exception de celles qui relèvent de la formule du *payeur gardien* ou de celle pour les *enfants majeurs*). Les demandes dans ces cas sont principalement compensatoires, certaines le sont même très fortement, mais l'élément compensatoire est limité par la priorité qui est accordée à la pension alimentaire pour enfants et les limites quant à la capacité de payer qui en découlent. Mis à part dans les cas de revenus élevés ou les situations où il y a un seul enfant, la capacité de payer du payeur sera la limite pratique pour la pension alimentaire pour époux dans la plupart de ces affaires, comme la cour l'a reconnu dans l'affaire *Moge*.

(a) Prestations et crédits gouvernementaux pour enfants

Il existe de nombreuses prestations et crédits gouvernementaux qui visent à fournir un soutien financier aux enfants et à leurs gardiens. La formule *avec pension alimentaire pour enfants* compte ces prestations et crédits comme des revenus, comme il est expliqué dans la partie 6.3 des Lignes directrices facultatives. Le logiciel calculant automatiquement ces montants, ils ne doivent pas être ajoutés manuellement. Les montants sont rajustés chaque année ou à des intervalles établis par les gouvernements, et le logiciel tient compte de ces changements.

Les prestations les plus connues sont la Prestation fiscale canadienne pour enfants, le Supplément de la Prestation nationale pour enfants, la Prestation universelle pour la garde d'enfants, portion du crédit pour la TPS/TVH relative aux enfants, la Prestation pour enfants handicapés et les divers régimes provinciaux et territoriaux de prestations et crédits. Le gouvernement a proposé de regrouper trois de ces prestations (la Prestation fiscale canadienne pour enfants, la Prestation universelle pour la garde d'enfants et le Supplément de la Prestation nationale pour enfants) en une seule, la nouvelle Allocation canadienne aux enfants, en vigueur en juillet 2016. Selon les renseignements dont nous disposons actuellement, il semble qu'il ne sera pas nécessaire de modifier les formules *avec pension alimentaire pour enfants*.

Au Québec, les formules *avec pension alimentaire pour enfants* sont rajustées pour les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants de la province, qui sont différentes, ainsi que pour tenir compte des allocations pour enfants provinciales qui sont plus généreuses : voir les Lignes directrices facultatives, chapitre 15.

Il importe de se rappeler que les prestations d'aide sociale NE SONT PAS traitées comme un « revenu », ni pour les parents, ni pour les enfants (Lignes directrices facultatives, 6.2). Les prestations du Régime de pensions du Canada (RPC) NE SONT PAS des prestations d'aide sociale et, par conséquent, sont considérées comme un revenu, tout comme les prestations d'invalidité du RPC, que ce soit pour le parent ou qu'il s'agisse de la prestation distincte payée pour les enfants : voir la section « Revenu » ci-dessus.

(b) Contributions aux dépenses prévues à l'article 7

Les diverses formules déduisent du revenu le montant (réel ou théorique) prévu dans les tables de pensions alimentaires pour enfants ET la contribution de chaque époux aux dépenses prévues à l'article 7. Par définition, tout paiement effectué au titre des dépenses prévues à l'article 7 réduira la fourchette de montants pour les pensions alimentaires pour époux. En outre, les contributions réelles exactes des parents doivent aussi être prises en considération, et les ententes concernant le partage de ces dépenses sont nombreuses. Par défaut, le logiciel base ses calculs sur le « principe directeur » établi au par. 7(2) des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, soit le partage des contributions aux dépenses prévues à l'article 7 selon les revenus calculés *après* le transfert de la pension alimentaire pour époux. Si les époux conviennent d'un arrangement différent quant au partage des dépenses, il faut faire un rajustement pour établir correctement la fourchette des Lignes directrices facultatives.

Les avocats et les tribunaux omettent encore souvent de prendre en compte les dépenses prévues à l'article 7 dans le calcul de la fourchette de la pension alimentaire pour époux. Nous hésitons à présenter des exemples de cette erreur récurrente. Lorsque les dépenses prévues à l'article 7 sont élevées, cette erreur peut avoir des conséquences graves pour le payeur. Dans certains cas, lorsque les dépenses sont peu élevées ou que les déductions et les crédits fiscaux permettent de les réduire, les répercussions de l'erreur peuvent être relativement minimales. Dans certains cas, les parties acceptent d'établir des proportions pour le partage des frais, sans dresser une liste exacte des dépenses prévues à l'article 7. Lorsqu'elles s'appêtent à calculer le montant de la pension alimentaire pour époux, les parties devraient faire une estimation des dépenses futures.

Peu importe la manière dont elles sont établies, les dépenses prévues à l'article 7 doivent être reconnues et prise en considération dans l'analyse aux termes des Lignes directrices facultatives. Il ne faut pas simplement les omettre.

(c) Absence de capacité de payer ou absence de droit aux aliments

Il existe une différence importante entre « l'absence de droit aux aliments » et « l'absence de capacité de payer », selon ces formules, en raison de la priorité accordée obligatoirement à la pension alimentaire pour enfants. Une fourchette de zéro au titre de la pension alimentaire pour époux obtenue selon cette formule NE SIGNIFIE PAS qu'il n'existe pas de droit aux aliments, puisqu'une telle fourchette sera vraisemblablement obtenue lorsqu'il y a plusieurs enfants (3, 4 ou plus)) ou que le montant des dépenses prévues à l'article 7 est élevé, ou les deux. Dans de tels cas, la demande est généralement fortement compensatoire, en raison des obligations importantes relatives aux soins des enfants, mais il y aura incapacité de payer la pension alimentaire pour enfants tant qu'il y aura des enfants à charge.

Lorsque les obligations alimentaires pour enfants diminuent, le paragraphe 15.3(3) de la *Loi sur le divorce* (et les dispositions provinciales équivalentes) recommence à s'appliquer ou permet d'augmenter le montant de la pension alimentaire pour époux, de même que sa durée : il existe toutefois une exception, dans les cas de compensation inadéquate, et l'application de l'article 15.3; voir la section « Exceptions », ci-dessous.

(d) Une famille de formules : choisir la bonne

Il existe six formules, qui sont énumérés au chapitre 8 des Lignes directrices facultatives :

- la formule *de base*;
- la formule de la *garde partagée*;
- la formule de la *garde exclusive exercée par chacun des parents*;
- la formule relative aux *enfants nés d'une union antérieure*
- la formule du *payeur gardien* ;
- la formule pour les *enfants majeurs*.

Il n'y a pas de formule distincte pour les situations de *garde hybride* ou de « garde mixte », puisque dans ce type d'arrangement, il y a toujours au moins un enfant dans une situation de garde partagée; la formule de la *garde partagée* s'applique donc. Les cas hybrides sont traités dans une partie distincte, car ils présentent souvent des dynamiques différentes des cas « plus simples » de garde partagée.

Le choix de la bonne formule s'est amélioré au fil des années. Les affaires dans lesquelles les arrangements de garde sont souples peuvent obliger à prendre en compte deux formules, comme ce fut le cas dans *Philippe c. Bertrand*, 2015 ONSC 235 : les parties se partageaient également la garde de leur fils de 14 ans; celui-ci a par la suite commencé à vivre chez son père la majeure partie du temps, mais il demeurait tout à fait possible de revenir à l'arrangement de garde partagée. Le juge Kane a calculé deux fourchettes, et un montant a été fixé pour chacune des deux éventualités.

Les formules multiples sont aussi utilisées dans les demandes de pension alimentaire pour époux rétroactives, lorsque les arrangements de gardes sont modifiés au fil du temps.

(e) La formule de base (LDFPAÉ, 8.3)

Au fil du temps, les affaires dans lesquelles on a recours à la formule *de base* sont de moins en moins nombreuses dans les décisions publiées, même si nous savons qu'il s'agit de loin de l'entente de garde la plus fréquente : un payeur ayant un revenu élevé verse une pension alimentaire pour enfants et une pension alimentaire pour époux au parent ayant un revenu plus faible qui a la garde ou la responsabilité principale des enfants. La plupart de ses cas semblent se régler à l'amiable, alors que les cas de garde « complexes » sont de plus en plus fréquents dans les décisions publiées. Dans presque tous les cas, au moins au moment où l'ordonnance initiale est rendue, la durée ne sera pas un enjeu important : l'ordonnance sera « illimitée (durée non précisée) ». La véritable question, tant à l'étape provisoire qu'à l'étape initiale, est l'emplacement du montant de pension alimentaire pour époux dans la fourchette établie au moyen des Lignes directrices facultatives.

Dans la plupart des affaires où l'on applique la formule *de base*, on établit un montant situé au milieu de la fourchette, sans fournir beaucoup d'explications. Ce n'est que lorsque le tribunal fixe un montant supérieur ou inférieur à la fourchette qu'il fournit des explications quant à son choix. Il semble que le tribunal établit un montant situé au point milieu dans environ 60 pour 100 de toutes les décisions publiées portant sur des affaires basées sur la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Toutefois, le point milieu N'EST PAS une « norme », et le reste de la fourchette ne doit pas être utilisé uniquement dans des situations inhabituelles : voir la section « Déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette », ci-dessous.

En fait, **dans les affaires où l'on applique la formule *de base* pour les époux ayant un revenu faible à moyen, on devrait avoir tendance à tirer la pension alimentaire pour époux vers la partie supérieure de la fourchette des Lignes directrices facultatives**, compte tenu des demandes fortement compensatoires lorsqu'il y a des enfants, des besoins dans le ménage du parent ayant la responsabilité principale des enfants et des contraintes qu'exerce la capacité de payer sur la fourchette. Le fait de choisir le point milieu par défaut pourrait faire en sorte que bon nombre de bénéficiaires obtiennent une compensation insuffisante. Il peut y avoir de bonnes raisons d'établir un montant dans la partie *inférieure* de la fourchette dans certains cas, notamment les détails de la capacité de payer pour les débiteurs ayant un revenu peu élevé dans des cas particuliers, mais ces raisons doivent être exposées. La dynamique de l'emplacement du montant dans la fourchette est différente lorsqu'il y a seulement un enfant ou lorsque les époux ont des revenus élevés.

(f) La formule de la garde partagée (LDFPAÉ 8.6)

Dans les cas de garde partagée, l'emplacement par défaut du montant à l'intérieur de la fourchette *est* clair : il s'agit du montant de pension alimentaire pour époux qui permettra aux enfants d'avoir à peu près le même niveau de vie dans chacun des ménages. Voir Rollie Thompson, « The TLC of Shared Custody: Time, Language and Cash » (2013), 32 *Canadian Family Law Quarterly* 315. Ce résultat est conforme aux énoncés établis très clairement au sujet des niveaux de vie similaires dans l'arrêt *Contino c. Leonelli -Contino*, 2005 CSC 63.

Lorsqu'aucun des époux n'a de nouveau conjoint et qu'il n'y a pas de nouveaux enfants dans aucun des ménages, le point de départ pour la pension alimentaire pour époux devrait être un montant qui permet d'obtenir un **revenu disponible net égal** pour les deux ménages. Dans les cas de garde partagée, la fourchette obtenue au moyen des Lignes directrices facultatives comprend toujours ce partage égal du RDN, de manière à reconnaître l'importance de ce principe. Ce résultat par défaut peut être rajusté, en fonction des frais du ménage et d'autres facteurs. Parfois, le point d'égalité du RDN se situe au milieu de la fourchette, mais il arrive tout aussi fréquemment qu'il soit situé plus bas ou plus haut à l'intérieur de la fourchette.

- En Ontario, on constate maintenant une forte tendance à partager également les revenus nets, comme en témoignent les affaires suivantes : *Kochar c. Kochar*, 2014 ONSC 5211; *Neilipovitz c. Neilipovitz*, 2014 ONSC 3008; *Lafazanidis c. Lafazanidis*, 2014 ONSC 3287; *Rankin c. Rankin*, 2014 ONSC 235; *Martins c. Martins*, 2014 ONSC 113; *Dupuis c. Desrosiers*, 2013 ONCJ 720; *C.L.Y. c. D.G.Y.*, 2013 ONSC 6550; *Mayer c. Mayer*, 2013 ONSC 7099; *Cuffe c. Desjardins*, 2013 ONSC 4044; *Price c. Burgess*, 2013 ONSC 1142; *MacDonald c. MacDonald*, 2012 ONSC 6657; *Hurrell c. Hurrell*, 2012 ONSC 4824.
- Cette forte tendance ne s'observe toutefois pas en Colombie-Britannique, où les juges de première instance semblent choisir le point milieu par défaut, même dans les cas de garde partagée. Malgré que la Colombie-Britannique compte une vaste proportion de cas de garde partagée, beaucoup plus importante qu'en Ontario, la question du partage égal du revenu net disponible n'a pas été traitée de manière claire. Dans *R.D.L.J. c. B.S.J.*, 2014 BCSC 1566, la Cour a laissé entendre que même si le partage égal du RND n'était pas hors de question, il constituerait [TRADUCTION] « un changement considérable de la pratique et du droit en Colombie-Britannique ». Il existe pourtant quelques cas de garde partagée, en Colombie-Britannique, dans lesquels les tribunaux ont explicitement partagé également les revenus nets : *A.M.D. c. K.R.J.*, 2015 BCSC 1539; *Paisley c. Paisley*, 2014 BCSC 1752. Il importe de répéter qu'il n'existe aucune raison inhérente, dans les Lignes directrices facultatives, pour utiliser par défaut le point milieu de la fourchette de montants : voir la section « Déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette », ci-dessous.
- Lorsque les époux ont de nouveaux conjoints ou que les ménages comptent d'autres enfants, il est possible de calculer des niveaux de vie similaires pour chaque ménage en appliquant une version rajustée de l'annexe II des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Deux rajustements sont nécessaires. Premièrement l'annexe II ne tient pas compte des contributions au titre des dépenses prévues à l'article 7. Deuxièmement, il ne comprend pas les prestations et les crédits pour enfants. Il est possible de faire ces deux rajustements avec le logiciel : voir Thompson, p. 344, ci-dessus.
- Lorsqu'une pension alimentaire pour époux est versée, dans 80 p. 100 des cas de garde partagée, la pension alimentaire pour enfants est établie au montant de compensation directe, et la pension alimentaire pour époux sert à rajuster les niveaux de vie : voir Thompson, p. 336, ci-dessus.

Dans les affaires de garde partagée *publiées* qui portent aussi sur la pension alimentaire pour époux, on voit fréquemment des écarts importants entre les revenus des époux, ce qui est inhabituel pour la plupart des parents ayant la garde partagée. La plupart des cas de garde partagée ne portent que sur la pension alimentaire pour enfant, et non sur la pension alimentaire pour époux, étant donné que l'écart entre les revenus des parents n'est pas très grand.

Certains avocats et certains tribunaux ont été surpris par les fourchettes de montants qui commencent à 50 p. 100 du RND ou autour de ce point et qui vont en augmentant; il s'agit généralement de cas comptant deux ou trois enfants. Selon eux, la pension alimentaire pour époux ne devrait *jamais* laisser le bénéficiaire avec plus de la moitié du revenu net disponible familial dans les cas de garde partagée. Cette vision est erronée, puisque les affaires portant sur des écarts importants entre les revenus sont souvent fondées sur des demandes fortement compensatoires, en raison d'un désavantage passé, ce qui justifie d'aller au-delà des 50 p. 100. Il en va de même pour certaines affaires dans lesquelles le bénéficiaire a un faible revenu.

La durée peut devenir un facteur important dans les cas de garde partagée. Toutes les ordonnances initiales établies au moyen de la formule seront « illimitées (durée non précisée) ». Dans une situation de garde partagée réelle après la séparation, une telle ordonnance a pour effet de limiter l'accumulation continue de pertes ou le désavantage causé par la garde des enfants dans la plupart des cas (mais pas tous). La demande compensatoire reflètera principalement les pertes ou les désavantages passés, qui peuvent être comblés en moins de temps qu'avec la formule *de base* (quand le bénéficiaire continue à avoir la responsabilité principale des soins des enfants). Dans les cas de garde partagée, une limite de durée peut être établie plus tôt sur la pension alimentaire pour époux, puisque l'époux ayant le revenu le moins élevé peut être en mesure d'atteindre l'indépendance économique plus rapidement; voir, par exemple, *Shih c. Shih*, 2015, BCSC 2108

(g) La garde exclusive exercée par chacun des parents (LDFPAÉ 8.7)

Il existe des cas où chaque parent a la garde principale d'au moins un enfant. L'article 8 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* prévoit une compensation stricte des montants figurant dans les tables pour calculer la pension alimentaire pour enfants, ne laissant aucune place à la discrétion. La pension alimentaire pour époux constitue un moyen de créer une discrétion financière dans ces affaires et de faire des rajustements entre les ménages. Pour un exposé minutieux de cette question, voir *Maber c. Maber*, 2012 NBQB 337.

Contrairement à la formule *de garde partagée*, pour l'application de la formule de la *garde exclusive exercée par chacun des parents*, le partage égal du RND N'EST PAS automatiquement inclus dans le calcul de la fourchette, même s'il y a un nombre pair d'enfants. Cette approche n'est toutefois pas utilisée par défaut pour chaque cas de garde exclusive exercée par chaque parent : voir *Grieg c. Young-Grieg*, 2014 ONSC 58, affaire dans laquelle cette position par défaut a été rejetée dans le cas de parents ayant la garde d'un enfant chacun. Si, dans un cas de garde exclusive exercée par chacun des parents, un parent a la garde de plus d'enfants que l'autre, il n'est pas logique d'utiliser l'égalisation des revenus nets. Lorsque les enfants se promènent beaucoup entre les domiciles de leurs parents, cela pourrait constituer un bon argument pour ramener les ménages à des niveaux de vie à peu près égaux au moyen de la pension alimentaire pour époux.

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

(h) La garde hybride ou garde mixte

Il s'agit d'affaires dans lesquelles au moins un enfant est visé par une garde partagée, alors que les autres sont visés par un arrangement de garde exclusive, de garde dite traditionnelle ou de résidence principale. Ces affaires sont complexes, mais le logiciel permet de résoudre en grande partie les problèmes liés au calcul de la pension alimentaire pour enfants, ainsi que le montant théorique de la pension alimentaire pour enfants.

Étant donné qu'au moins un enfant est visé par un arrangement de garde partagée, la discrétion prévue à l'article 9 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* peut être utilisée pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfants. Pour une décision qui fait autorité au sujet du calcul de la pension alimentaire pour enfants dans les cas de garde hybride, voir *Sadkowski c. Harrison-Sadkowski*, 2008 ONCJ 115. Comme pour la garde partagée, la discrétion à l'égard de la pension alimentaire pour enfants peut toutefois compliquer la détermination de la pension alimentaire pour époux. Il est néanmoins possible de résoudre ces complications en utilisant tout simplement la compensation pour calculer la pension alimentaire pour enfants, et en faisant ensuite des ajustements au moyen de la pension alimentaire pour époux : voir, par exemple, *T.L. c. J.L.*, 2014 ONSC 91.

Comme pour la garde exclusive exercée par chacun des parents, la fourchette obtenue au moyen de la formule n'est pas automatiquement allongée de manière à inclure le partage égal du RND, surtout lorsqu'il y a un nombre impair d'enfants. Si plusieurs enfants, et non pas uniquement l'enfant en situation de garde partagée, se promènent beaucoup entre les domiciles de leurs parents, il pourrait y avoir de bonnes raisons pour chercher à égaliser les niveaux de vie : voir, par exemple, *Ryder c. Walker*, 2015 ONSC 2332 (1 enfant qui vit principalement avec la mère, 2 enfants en garde partagée, les niveaux de vie ne devraient « pas être trop différents »).

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

Dans les situations comportant des enfants nés d'une union antérieure, la formule appropriée à appliquer est une variante de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Pour un bon exemple de l'application de la formule *des enfants nés d'une union antérieure*, voir *Depatie c. Squires*, 2011 ONSC 1758 confirmée par 2012 ONSC 1399 (C. div.) (époux ont vécu ensemble et ont été mariés pendant 12,5 ans; l'enfant de l'épouse avait 18 ans, l'époux a tenu lieu de parent; l'épouse avait un revenu de 26 399 \$, et l'époux, un revenu de 78 371 \$; pension alimentaire pour enfants de 207 \$/mois pendant 4 ans (707 \$-500 \$ versé par le père biologique); pension

alimentaire pour époux de 1 082 \$/mois pendant 9 ans; renvoi explicite à l'exposé au sujet de la pension alimentaire versée par un beau-parent dans les Lignes directrices facultatives).

Cette version de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* tient compte de toute obligation alimentaire au profit d'enfants imposée à un beau-parent. La pension alimentaire pour enfants versée par un beau-parent peut limiter la capacité de celui-ci de payer une pension alimentaire pour époux. Il y a un rajustement entre la pension alimentaire pour époux et la pension alimentaire pour enfants, comme il a été noté dans *Stadig c. Stadig*, 2013 ONSC 7334.

Il arrive encore parfois, dans ces cas, que la mauvaise formule soit appliquée; voir, par exemple, *Swan c. Leslie*, 2011 ONSC 6879 (application de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, au lieu de la variante de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* s'appliquant au beau-parent; le tribunal a déclaré que le montant établi était supérieur à la fourchette, mais il était à l'intérieur de la fourchette après l'application de la formule aux enfants nés d'une union antérieure; examen après 4,5 ans (cohabitation de 4,5 ans)).

Dans certains cas, on aura affaire à des situations de garde hybride, où l'enfant né d'une union précédente est visé par un arrangement de garde dite traditionnelle et les enfants communs aux deux époux sont visés par une garde partagée.

Il est possible d'appliquer le critère de la durée du mariage pour déterminer la **durée**, pour éliminer les inquiétudes quant au fait que la formule *avec pension alimentaire pour enfants* puisse générer des montants de pension alimentaire pour époux trop élevés, par exemple dans des cas de mariages de courte durée, où l'on applique un seuil très bas pour confirmer le statut des beaux-parents..

- Voir *Swan*, ci-dessus; *Shen c. Tong*, 2013 BCCA 519 (ensemble pendant 3 ans; 1 enfant né d'un union précédente; milieu de la fourchette, pendant 3 ans); *Decker c. Fedorsen*, 2011 ONCJ 850 (ensemble pendant 7 ans; 1 enfant né d'une union précédente vivant avec l'épouse; milieu de la fourchette, pour 2 ans de plus (5 ans au total); *Cameron c. Cameron*, 2015 ONSC 196 (mariage de 7 ans, 1 enfant né d'une union précédente, 1 enfant né de l'union actuelle, les deux en garde partagée, durée 3,5 ans); et *Karkulowski c. Karkulowski*, 2015 ONSC 1057 (relation de 2 ans, 2 enfants nés d'une union précédente, montant forfaitaire de 5 000 \$, extrémité inférieure des fourchettes).

Aux termes de l'article 5 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, il est possible pour un beau-parent de payer moins que le montant de pension alimentaire pour enfants prévu par les tables, lorsque les circonstances le justifient. Lorsque le montant de la pension alimentaire pour enfants est réduit en application de l'article 5, le montant selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants* devra tout de même être calculé **en ayant recours au plein montant de la table plutôt qu'au montant réduit**. Si cet ajustement n'est pas fait, la fourchette de pension alimentaire pour époux que l'on obtiendra sera trop élevée. Dans *Stadig*, ci-dessus, le tribunal a examiné de manière erronée la fourchette obtenue au moyen du montant réduit de pension alimentaire pour enfants. Pour un exemple d'application correcte et minutieuse de cette formule, voir *Collins c. Collins*, 2008 NLUFC 31. Pour deux autres exemples où le calcul n'est pas détaillé, voir *Shen c. Tong*, 2013 BCCA 519 et *Durden c. Durden*, 2014 ONSC 3242.

(j) La formule du payeur gardien (LDFPAÉ 8.9)

Il s'agit de cas dans lesquels le payeur de la pension alimentaire pour époux, qui a le revenu le plus élevé, a également la garde ou la responsabilité principale du soin des enfants. Les versements de la pension alimentaire pour époux et de la pension alimentaire pour enfants peuvent alors se faire dans les deux sens. Ces cas sont de plus en plus fréquents, et comptent pour 20 % du nombre total de décisions publiées dans la plupart des provinces; cette proportion est encore plus élevée en Ontario.

Pour une raison inconnue, bon nombre d'avocats semblent avoir oublié l'arrêt faisant autorité au Canada au sujet de cette formule, soit la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218. Dans cet arrêt, l'épouse avait une demande compensatoire, après un mariage de 23 ans; le juge Lang, de la Cour d'appel, a éliminé le délai, réduit le montant de la pension alimentaire pour époux et rendu une ordonnance de durée indéterminée.

Comme ces affaires se multiplient, on constate que les cas de payeurs gardiens sont très disparates. Il n'y a pas que des pères ayant la garde d'enfants adolescents qui versent une pension alimentaire à leur épouse, mais également des hommes qui présentent des demandes à l'encontre de leur épouse, qui gagne un revenu plus élevé et qui ont la responsabilité principale d'enfants en bas âge ou des époux ayant des incapacités qui demandent une pension alimentaire, ainsi que toute une gamme d'autres situations. De nombreuses demandes ont un fondement non compensatoire, mais on compte également un nombre important de demandes compensatoires.

Contrairement aux autres variantes de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, il s'agit d'un groupe de cas diversifiés, ce qui se remarque par la variété des résultats. Nous voyons moins de cas où le point milieu de la fourchette de montants a été sélectionné par défaut, et plus de questions complexes relativement à la durée, comme dans les cas où la formule *sans pension alimentaire pour enfants* a été appliquée. Bref, une affaire où l'on applique la formule du *payeur gardien* nécessite une analyse plus minutieuse.

- Voici quelques exemples de demandes fortement compensatoires, toutes présentées par les épouses : *Cassidy c. McNeil*, ci-dessus; *Toscano c. Toscano*, 2015 ONSC 487; *Fisher c. Fisher*, 2014 ONSC 4941. Dans certains cas, les époux avaient des demandes compensatoires solides, ainsi que des demandes non compensatoires : *Cowell c. Cowell*, 2014 ONSC 1898; *Bennett c. Reeves*, 2014 ONCJ 145.
- D'autres demandes sont non compensatoires : *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 976; *Papasodaro c. Papasodaro*, ci-dessous; *Brooks c. Brooks*, 2014 NBCA 29; *Carson c. Carson*, 2013 NBQB 275.

La formule du *payeur gardien* est construite à partir de la base de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, et se fonde sur l'écart entre les revenus bruts et la durée de la cohabitation ou du mariage. Comme on doit tenir compte de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfants, avant de calculer le montant de la pension alimentaire pour époux, chacun des époux doit déduire le montant majorés de pension alimentaire pour enfants figurant dans les tables ainsi que

la valeur majorée de sa contribution aux dépenses prévues à l'article 7. Ainsi, la fourchette de montants générée au moyen de cette formule est déjà rajustée en fonction des coûts relatifs aux soins des enfants pour le parent gardien, détail que le tribunal a omis dans *Kay c. Kay*, 2014 ONSC 6274. Sauf dans des cas inhabituels, le choix d'un point situé dans la partie inférieure de la fourchette (ou même en-deçà de l'extrémité inférieure de la fourchette) afin de rajuster davantage le montant équivaut à un double calcul.

Il importe de noter une réserve. Lorsque le payeur gardien a un revenu très élevé, le montant théorique majoré de pension alimentaire pour enfants qui est déduit est très élevé, peut-être même trop élevé comparativement aux coûts réels associés aux soins des enfants. Lorsque le revenu du payeur gardien augmente et se rapproche du plafond et au-delà, il devient possible, voire souhaitable, de choisir un montant plus élevé dans la fourchette. Pour des exemples de payeurs gardiens ayant des revenus élevés, voir *T.N. c. J.C.N.*, 2015 BCSC (982 626 \$) et *T.T. c. J.M.H.*, 2014 BCSC 451 (597 000 \$). Il est précisément question de ce point dans *T.N. c. J.C.N.*

Dans chaque cas où la formule du *payeur gardien* est appliquée, l'une des premières questions à régler consiste à déterminer **si le bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux avec le revenu le plus faible verse ou non une pension alimentaire pour enfants** au parent gardien qui gagne un revenu élevé. Dans bon nombre de ces cas, le parent ayant le revenu le plus élevé ne demande pas de pension alimentaire pour enfants au parent qui gagne le revenu plus faible. **Si aucune pension alimentaire pour enfants n'est versée** par l'époux qui devrait par ailleurs en verser une, il faut procéder à un rajustement de sorte qu'il n'y ait pas de déduction majorée de la pension alimentaire pour enfants pour cet époux lors de l'application de la formule. Sans ce rajustement, la fourchette obtenue sera trop élevée.

La formule déduit un montant majoré de pension alimentaire pour enfants du revenu du bénéficiaire, qui est ajusté en fonction du traitement fiscal différent pour les pensions alimentaires pour enfants et les pensions alimentaires pour époux.

- **Si aucune pension alimentaire pour enfants n'est versée**, il est incorrect de calculer la pension alimentaire pour époux et de simplement déduire de ce montant celui de la pension alimentaire pour enfants qui n'est pas versé; c'est ce qui s'est produit dans la décision par ailleurs rigoureuse rendue dans *Philippe c. Bertrand*, 2015 ONSC 235. Dans cette affaire, le montant net de pension alimentaire pour enfants qui aurait dû être payé a simplement été déduit du montant brut de pension alimentaire pour époux à verser.
- Si une ordonnance alimentaire pour enfants a été rendue, le traitement fiscal différent signifie aussi qu'un tribunal **NE DEVRAIT PAS rendre une ordonnance prévoyant une compensation** entre la pension alimentaire pour enfants et la pension alimentaire pour époux dans ces cas de *payeur gardien*, car cela risque d'éliminer le caractère déductible de cette portion de la pension alimentaire pour époux.

La déduction des montants majorés pour les obligations alimentaires pour enfants théoriques pour l'époux gardien non seulement réduit le montant de pension alimentaire à verser, mais tend également à générer une fourchette de montant plutôt étroite dans la plupart des cas de mariages de courte et moyenne durée, comparativement aux autres variantes de la formule *avec pension*

alimentaire pour enfants. Ce groupe de relations sont les situations que l'on voit le plus fréquemment lors de l'application de cette formule, étant donné la présence d'enfants mineurs.

Cette formule a un autre effet notable : souvent, le bénéficiaire se retrouve avec moins de 30 pour 100 du revenu net disponible. En Ontario, certains croient que le bénéficiaire ne devrait jamais se retrouver avec moins de 40 pour 100 du RND après le paiement de la pension alimentaire pour époux, mais leurs raisons ne sont pas claires.

- Un exemple d'une affaire dans laquelle ces questions ont été soulevées est *Papasodaro c. Papasodaro*, 2014 ONSC 30. Cette formule a été critiquée par le juge McGee, qui la considérait « sévère », parce qu'elle laissait à l'époux bénéficiaire 20 pour 100 du revenu net disponible. Toutefois, les faits permettent d'expliquer pourquoi la formule a généré cette fourchette : mariage de 17 ans, 3 enfants qui vivent avec l'épouse payeuse (ce qui produit un montant considérable au titre de la pension alimentaire pour enfants théorique majorée); l'épouse travaille dans une banque, et a un revenu annuel de 101 535 \$; l'époux, concierge dans une école, a un revenu annuel de 48 300 \$, et sa demande était non compensatoire. La pension alimentaire pour époux est établie à 1 000 \$ par mois, montant plus élevé que l'extrémité supérieure de la fourchette (831 \$ par mois). S'il y avait eu seulement deux enfants dans l'affaire *Papasodaro*, l'époux bénéficiaire se serait retrouvé avec 31-33 pour 100 du RND, et s'il n'y avait eu qu'un enfant, ce pourcentage aurait été de 35-37 pour 100. Son pourcentage du RND après le paiement de la pension alimentaire aurait également été plus élevé si les parties avaient vécu ensemble pendant plus que 17 ans.
- L'affaire *Toscano c. Toscano*, 2015 ONSC 487, illustre peut-être mieux le principe de dérogation à la fourchette obtenue en application de la formule du *payeur gardien*. Dans cette affaire, l'époux a obtenu la garde des deux enfants du couple, après un mariage de 18 ans; son revenu était de 493 335 \$ par année; un revenu de 40 000 \$ a été attribué à l'épouse (pension alimentaire de 579 \$ par mois), et l'époux payait toutes les dépenses relatives aux études universitaires et les frais de collège privé pour les enfants, qui s'élèvent à 43 700 \$ par mois. Étant donné le montant de pension alimentaire prévu aux tables et les dépenses au titre de l'article 7 pour l'époux, l'épouse se retrouverait avec 21-27 pour 100 du RND selon la fourchette des Lignes directrices (l'extrémité supérieure était établie à 6 716 \$ par mois). Le juge Blishen a ordonné le versement d'une pension alimentaire pour époux de 11 300 \$ par mois, ce qui donne à l'épouse 37,5 pour 100 du RND. Compte tenu du niveau de revenu beaucoup plus élevé que dans *Papasodaro*, M. Toscano pouvait se permettre de verser un montant plus élevé à sa femme, dont la demande était fortement compensatoire (elle était restée à la maison pendant 13 ans). En outre, on peut se demander, au-delà du plafond de 350 000 \$, si le montant théorique majoré de pension alimentaire pour enfants n'est pas trop généreux dans une affaire comme celle-ci.

Les **exceptions** peuvent fournir une réponse à ces interrogations, dans certains cas. Si l'époux bénéficiaire qui n'a pas la garde principale des enfants continue de jouer un rôle important dans leurs soins et leur éducation après la séparation, il existe une exception pour permettre au parent n'ayant pas la garde principale d'assumer son rôle parental. Dans les cas où le mariage est de courte durée et où l'enfant est jeune, la formule du *payeur gardien* ne générera pas une pension

alimentaire pour époux suffisante pour un parent n'ayant pas la garde principale : voir, par exemple, *Mumford c. Mumford*, 2008 NSSC 82. Un montant plus élevé de pension alimentaire pour époux peut être nécessaire pour que le parent puisse fournir un logement adéquat aux enfants; voir, par exemple, *Oslano c. Onghaei*, 2012 ONSC 2158. Cette exception est traitée de manière détaillée ci-après, dans la section « Exceptions ».

Dans certains cas de *payeur gardien*, **une invalidité** peut expliquer l'incapacité du parent non gardien à assumer la responsabilité principale du soin des enfants. Dans bons nombres de ces situations, l'invalidité peut aussi avoir une incidence sur l'emplacement du montant et de la durée à l'intérieur des fourchettes obtenues à l'aide de cette formule. Dans des cas plus extrêmes, il peut être nécessaire d'avoir recours à l'exception relative à une maladie ou à une invalidité pour fournir un soutien adéquat, particulièrement dans le cas de mariages de courte durée; voir, par exemple, *S.D. c. J.D.*, 2012 NBQB 237.

La formule du *payeur gardien* génère des **délais** pour les ordonnances initiales, qui sont les mêmes que pour la formule *sans pension alimentaire pour enfants*.

- Si le mariage dure plus de 20 ans ou que la « règle des 65 » s'applique, la pension alimentaire sera de durée indéterminée, comme ce fut le cas dans *Cassidy c. McNeil*, ci-dessus.
- Les **ordonnances de durée indéterminée** sont souvent rendues pour des mariages de longue durée, mais de moins de 20 ans lorsque la demande de l'épouse n'ayant pas la garde des enfants est compensatoire : voir, par exemple, *Toscano c. Toscano*, 2015 ONSC 487 (mariage de 18 ans); *T.T. c. J.M.H.*, 2014 BCSC 451 (17 ans); et *Papasodero c. Papasodero*, 2014 ONSC 30 (17 ans).
- Lorsque des **délais** sont imposé dans l'application de cette formule, ils sont situés à l'intérieur de la fourchette, normalement dans la partie supérieure; voir, par exemple, *B.M.P. c. S.L.B.*, 2015 BCSC 448 (ensemble pendant 7 ans, partie inférieure de la fourchette pendant 7 ans); *Philippe c. Bertrand*, 2015 ONSC 235 (ensemble pendant 18 ans, délai de 12 ans); *Bennett c. Reeves*, 2014 ONCJ 145 (ensemble pendant 16 ans, délai de 9 ans); *Polak c. Polak*, 2013 ONSC 4670 (marié pendant 8 ans, délai de 7 ans); *C.A.K. c. D.E.D.L.*, 2013 ONSC 2777 (ensemble pendant 7 ans, délai de 6 ans); *J.D.P. c. R.M.P.*, 2010 BCSC 1873 (marié pendant 17 ans, délai de 13 ans).

(k) La formule pour les enfants majeurs (LDFPAÉ 8.10)

La formule pour les enfants majeurs est une autre formule hybride, similaire à la formule du *payeur gardien* en ce qu'elle a également été construite à partir de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. La formule pour les enfants majeurs s'applique seulement lorsqu'une pension alimentaire est établie pour le dernier enfant à charge en application de l'alinéa 3(2)b) des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.

Si un ou plusieurs enfants majeurs vivent chez l'un des deux parents et fréquentent l'université, la pension alimentaire pour enfants est établie en application de l'alinéa 3(2)a), c'est-à-dire en

additionnant le montant prévu aux tables et le montant des dépenses prévues à l'article 7. Dans ces cas, d'autres versions de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* s'appliqueront, par exemple, la formule *de base*, ou la formule relative à la *garde exclusive exercée par chacun des parents* ou la *garde partagée*, ou la formule du *payeur gardien* (bon nombre d'affaires dans lesquelles les parties avaient des enfants majeurs font partie de cette dernière catégorie).

Les situations les plus fréquentes dans lesquelles l'alinéa 3(2)b) s'applique sont celles où l'approche consistant à additionner le montant prévu aux tables et le montant des dépenses prévues à l'article 7 n'est pas appropriée pour des enfants majeurs :

- un enfant quitte le nid familial pour aller étudier dans un collège, une université ou tout autre établissement d'études postsecondaires éloigné;
- un enfant dispose d'autres sources de revenu ou d'autres ressources pour payer la totalité ou la majeure partie de ses dépenses liées à ses études postsecondaires, par exemple, un bon emploi, grands-parents, bourse d'étude, REEE, etc.;
- un enfant fait des études de niveau supérieur et l'on s'attend à ce qu'il contribue de manière appréciable à ses propres dépenses liées à ses études;
- un enfant majeur a une invalidité et reçoit des prestations d'aide sociale ou d'une source de financement indépendante pour les personnes handicapées.

Dans ces affaires, lorsque l'alinéa 3(2)b) s'applique, pour calculer la pension alimentaire pour enfants, on établit habituellement un budget mensuel pour l'enfant, en évaluant d'abord la contribution de l'enfant, puis en divisant ensuite le montant restant entre les parents, en fonction de leurs revenus respectifs.

Cette formule pour les enfants majeurs ne s'applique que lorsque les pensions alimentaires versées pour tous les autres enfants à charge (un ou plus) sont déterminées aux termes de l'alinéa 3(2)b). Elle ne s'applique pas s'il existe un autre enfant à charge dont la pension alimentaire est déterminée en application de l'alinéa 3(2)a), c'est-à-dire en additionnant le montant prévu aux tables et le montant des dépenses prévues à l'article 7. Donc, si l'un des parents a la responsabilité principale de deux enfants, l'un étant au secondaire et l'autre fréquentant une université éloignée, la formule *de base* s'applique, mais il faudra faire quelques rajustements si la pension alimentaire pour l'enfant adulte est évaluée, en application de l'alinéa 3(2)b), comme il a été fait dans *Robitaille c. Trzcinski*, 2015 ONSC 4621, et dans *McConnell c. McConnell*, 2015 ONSC 2243. Des cas mixtes comme ceux-ci sont relativement fréquents dans la jurisprudence, même s'il n'est pas toujours évident que l'avocat ou le tribunal a apporté les rajustements nécessaires à la pension alimentaire pour l'enfant adulte.

La formule pour les enfants majeurs peut s'appliquer à une grande variété d'arrangements relatifs au paiement des études d'un enfant. Un montant majoré de la contribution de chaque parent à la pension alimentaire pour enfants sera déduit du revenu de chacun aux fins de l'application des Lignes directrices; les fourchettes sont ensuite calculées au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Si l'époux ayant le revenu le plus élevé paye la totalité des coûts liés aux études universitaires, ce montant, majoré, sera déduit de son revenu, et aucun montant ne sera déduit du revenu de l'autre époux aux fins de l'application des Lignes directrices. Si les époux décident de se partager également les coûts liés aux études universitaires, malgré les

différences de revenus, la déduction majorée des contributions égales au titre de la pension alimentaire pour enfants sera rajustée en fonction de cet arrangement.

La formule pour les *enfants adultes* tend à être la « formule oubliée » parmi les variantes de la formule avec pension alimentaire pour enfants. Certes, cette variante de la formule s'applique vraisemblablement à un nombre minime de cas, comparativement aux autres variantes. Toutefois, nous nous attendions à rencontrer cette formule plus souvent dans la jurisprudence.

Beaucoup plus sérieusement, **un examen de la jurisprudence nous permet de constater que les avocats et les juges qui traitent fréquemment des cas de pension alimentaire pour époux ne tiennent tout simplement pas compte de la pension alimentaire dans des affaires mettant en cause des enfants majeurs au sens de l'alinéa 3(2)b) des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Il s'agit d'une grave erreur**, puisque les obligations alimentaires pour des enfants qui font des études postsecondaires sont habituellement très élevées. Bons nombres de parents, qu'ils soient ensemble ou séparés, doivent faire des sacrifices d'ordre financier durant ces années d'études postsecondaires. Dans la pratique, pour les couples séparées, cela se traduit par une compensation entre la pension alimentaire pour enfants et la pension alimentaire pour époux : voir *T.T.B. c. P.H.D.*, 2014 NBQB 164 (l'épouse a accepté une réduction du montant de la pension alimentaire pour époux; en échange, l'époux a accepté de payer la totalité des frais d'université des deux enfants).

Dans certains cas, les parties acceptent de calculer d'abord la pension alimentaire pour époux au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, et d'utiliser ensuite les revenus bruts après avoir tenu compte de la pension alimentaire pour époux pour affecter les frais universitaires de l'enfant majeur : *Cork c. Cork*, 2014 ONSC 2488 et *Overell c. Overell*, 2012, ONSC 6615 (aucune entente, seulement un acquiescement de l'épouse, alors que les enfants résidaient avec l'époux, qui payait leurs dépenses universitaires). Il n'est pas certain qu'un tribunal puisse régler les questions dans cette séquence, étant donné la priorité légale accordée à la pension alimentaire pour enfants à l'article 15.3 de la *Loi sur le divorce*. Dans quelques cas, les tribunaux ont simplement calculé la pension alimentaire pour époux au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants* et ont ensuite utilisé les obligations alimentaires pour enfants du parent ayant le revenu le plus élevé pour justifier le choix d'un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette : par exemple, *Wang c. Song*, 2013 ONSC 32 (enfant majeure qui étudiera probablement en médecine, l'épouse, qui a le revenu le plus élevé, l'aidera vraisemblablement). Cette solution improvisée est probablement peu judicieuse, car il y a de bonnes chances que les obligations alimentaires au profit de l'enfant soient trop ou pas assez rajustées lors du calcul de la pension alimentaire pour époux.

La grande variété d'arrangements pris au sujet du financement des études des enfants majeurs vient compliquer le calcul de la pension alimentaire pour époux dans ces cas. Ceci est vrai peu importe la variante de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* qui est utilisée, et non pas seulement dans les quelques cas auxquels la formule pour les *enfants majeurs* devait s'appliquer. Lorsque l'on a utilisé l'alinéa 3(2)b) pour calculer la pension alimentaire pour un seul des enfants visés par l'ordonnance, il faudra faire des rajustements lors du calcul des fourchettes de pension alimentaire pour époux au moyen des formules *de base*, de *garde partagée*, de *garde exclusive*, pour les *enfants nés d'une union antérieure* ou du *payeur gardien*. Dans bon nombre de ces cas, il

faut faire des rajustements à la main et prendre des décisions, et les avocats doivent se montrer transparents à propos de ces rajustements et décisions lors des négociations et des audiences.

Bien souvent, dans les affaires mettant en cause des enfants majeurs, peu importe que ce soit l'alinéa 3(2)a) ou 3(2)b) qui est appliqué pour le calcul de la pension alimentaire pour enfants, on ne sait pas trop quelle formule est utilisé, comment la pension alimentaire pour enfants est prise en compte ou quels rajustements ont été faits. Le fait de ne pas citer et appliquer la formule pour les *enfants majeurs* n'est qu'un des nombreux problèmes qui se posent lors du calcul de la pension alimentaire pour époux en présence d'enfants majeurs. Ces affaires sont complexes et difficiles, et comportent de nombreux éléments mobiles ainsi qu'un risque accru d'erreurs, comme le fait d'oublier que la formule pour les *enfants majeurs* existe.

Un certain nombre de cas d'application de l'alinéa 3(2)b) met en cause des enfants majeurs ayant une invalidité, qui continuent de vivre avec l'un ou l'autre des époux, mais qui reçoivent un revenu indépendant, comme des prestations d'aide sociale ou d'autres sources de financement. On se demande toujours comment intégrer le régime de pensions alimentaires pour enfants à ces arrangements de financement pour les adultes : voir John McGarrity, « The Child Support Obligations of Separated Parents of Disabled Adult Children in the Province of Ontario » (2012), 30 *Can. Fam. L. Q.* 321. La question s'est rendue devant la Cour d'appel de l'Ontario en 2014 : voir *Senos c. Karcz*, 2014 ONCA 459. La cour d'appel a statué qu'il est inapproprié d'appliquer l'alinéa 3(2)a) des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants* lorsque l'enfant reçoit ses propres prestations du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées (POSPH). Lorsqu'on applique l'alinéa 3(2)b), il faut préparer un budget pour les dépenses de l'enfant, puis déduire les prestations du POSPH du montant total, avant de calculer au prorata les obligations alimentaires des époux au profit de l'enfant sur le solde. Une approche similaire a été adoptée en Colombie-Britannique, par exemple, dans *T.A.P. c. J.T.P.*, 2014 BCSC 2265 (la pension alimentaire pour époux a été augmentée, passant de 400 \$ par mois à 2 104 \$ par mois; les Lignes directrices facultatives ont été utilisées pour établir le montant initial, mais pas à l'étape de la modification).

Finalement, un des avantages d'appliquer la formule pour les *enfants majeurs* est le fait qu'elle permet de passer relativement facilement à la formule *sans pension alimentaire pour enfants* une fois que l'enfant majeur a terminé ses études : voir la section « Passage d'une formule à l'autre lorsque la pension alimentaire pour enfants prend fin » ci-dessus.

(I) Questions concernant la durée (LDFPAÉ 8.5)

À l'exception des cas de mariages de courte durée décrits ci-dessous, la plupart des tribunaux ont toujours appliqué de manière minutieuse les fourchettes de durées obtenues au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. La plupart des ordonnances initiales sont « illimitées (durée non précisée) ». Lorsque des limites de durée sont établies, elles sont habituellement généreuses, comme elles devraient l'être étant donné le fondement fortement compensatoire des demandes. Comme il a été indiqué ci-dessus, la formule du *payeur gardien* prévoit un délai initial.

Les limites de durée apparaissent au fil du temps, au moment de la révision et de la modification. **Deux critères de durée** sont appliqués pour ces formules : la durée du mariage et l'âge des enfants.

Le critère le plus élevé s'applique pour déterminer la durée à l'extrémité inférieure et à l'extrémité supérieure de la fourchette. Parfois, le critère de l'âge des enfants a été ignoré, même en faisant abstraction des cas de mariages de courte durée : par exemple, *Osborne c. Wilfong*, 2009 SKQB 83. Chaque fois qu'un tribunal impose une limite de durée ou que les parties négocient une limite de temps, il faut tenir compte de l'âge des enfants, en particulier l'âge du plus jeune, au moment où la pension alimentaire prendra fin.

Il importe de répéter, comme nous l'avons fait dans les versions précédentes du Guide d'utilisation, que les formules *avec pension alimentaire pour enfants* sont essentiellement compensatoires, ce qui signifie que la plupart des délais devraient se situer dans la partie supérieure de la fourchette, et non dans la partie inférieure. Pour une excellente analyse de la durée selon cette formule, voir *Dabrowska c. Bragnolo*, 2008 ONCJ 360.

Un point de divergence importante entre les provinces est apparu depuis l'arrêt de la Cour suprême dans *Leskun c. Leskun*, 2006 SCC 25 : l'utilisation des ordonnances de révision. Ce type d'ordonnances est tombé en désuétude en Ontario et au Nouveau-Brunswick, alors qu'elles demeurent la norme pour les ordonnances établies au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* en Colombie-Britannique et en Alberta. Bien que les préoccupations relatives au coût et aux remises en cause dans les procédures de révision soient compréhensibles, les ordonnances de révision sont un moyen très utile de résoudre les questions liées à l'indépendance financière et à la durée lorsque la formule *avec pension alimentaire pour enfants* est utilisée.

(m) Mariages de courte durée et enfants en bas âge (LDFPAÉ 8.5.5)

Cette question constitue maintenant l'un des problèmes majeurs de l'application de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Les avocats demandent un délai court à l'étape initiale, et les tribunaux l'accordent, lorsque le mariage est de courte durée et que le couple a des enfants en bas âge. La limite de durée de la pension alimentaire pour époux est généralement fixée au nombre d'années de mariage ou de cohabitation : par exemple, versement de la pension alimentaire pendant 4 ans après un mariage de 4 ans, même si le bénéficiaire a la responsabilité principale d'enfants âgés de 1 et 3 ans.

Ces délais courts sont rarement le bon résultat à l'étape de l'audience initiale. Dans la vaste majorité des cas, ces ordonnances devraient être « illimitée (durée non précisée) ». Bien souvent, une révision sera nécessaire pour ces ordonnances illimitées.

Il importe de se rappeler qu'il y a deux critères de durée lorsqu'on applique la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Outre le critère de la durée du mariage, il y a également le critère de l'âge des enfants. Ce dernier critère est plus important dans les mariages de courte durée, avec une fourchette allant du moment où l'enfant le plus jeune commence l'école à temps plein au moment, à l'extrémité supérieure, où le dernier enfant termine ses études secondaires.

Ces cas ont généralement un fondement fortement compensatoire. La demande compensatoire découle moins du désavantage *passé* pendant le mariage que du désavantage *futur* pour le parent qui a la responsabilité principale du soin des enfants, comme il est établi à l'alinéa 15.2(6)b) de la *Loi sur le divorce*.

- Dans de nombreuses affaires récentes, des ordonnances illimitées sont rendues : *Gartman c. Hancheroff*, 2015 BCSC 160; *Zivic c. Zivic*, 2014 ONSC 7262; *Jirh c. Jirh*, 2014 BCSC 1973; *Walker c. Maxwell*, 2014 BCSC 2357, confirmé par 2015 BCCA 282; *H.F. c. M.H.*, 2014 ONCJ 450; *Dupuis c. Desrosiers*, 2013 ONCJ 720.
- Cependant, il y a encore de trop nombreux cas où l'on fixe des limites de durée initiales courtes : *Fias c. Souto*, 2015 ONSC 880; *Ramsay c. Ramsay*, 2015 ONSC 196; *D.D.P. c. C.S.W.*, 2014 ABCA 162; *Okafor c. Bowyer-Okafor*, 2014 ONSC 120; *Chase c. Chase*, 2013 ONSC 5335; *Balayo c. Meadows*, 2013 ONSC 5321; *P.M.D. c. D.M.C.*, 2013 ONSC 5220.

Une des conséquences de ces décisions est que le bénéficiaire peut seulement demander une pension alimentaire pour une courte période, comme dans *McKenzie c. Perestrelo*, 2014 BCCA 161 (seulement 19 mois de pension alimentaire, ce qui comprend la pension alimentaire rétroactive; l'épouse demandait 23 mois, après un mariage de 2 ans et demi, avec un enfant de 2 ans; appel interjeté par l'époux) ou dans *Yang c. Ren*, 2012 BCCA 164 (mariage de 2 ans, garde partagée, partie inférieure de la fourchette, limite de 2 ans; l'épouse avait demandé seulement 3 ans; appel interjeté par l'époux). Voir également *Javed c. Khan*, 2013 ABCA 351 (mariage de 6 ans, enfant âgé de 4 ans; l'épouse demande une pension alimentaire de 3 ans; le juge de première instance accorde 18 mois; durée augmentée à 28 mois en appel).

Le fait d'imposer des durées courtes dans ces cas dénote une mauvaise analyse du facteur compensatoire. Une approche plus minutieuse est nécessaire. Les cas d'application de la formule *de base* constituent la catégorie la plus évidente pour l'application de cette analyse, alors que le bénéficiaire continue d'assumer une part disproportionnée des responsabilités liées aux soins des enfants après la séparation. Dans les situations de garde plus complexes, comme la garde partagée, la garde exclusive, la formule hybride et la présence d'enfants nés d'une union antérieure, certaines circonstances pourraient justifier l'imposition de durées courtes, notamment dans les situations avec des enfants nés d'une union antérieure. Une durée courte signifiera normalement que le bénéficiaire a la capacité de rebondir rapidement, qu'il a des compétences préexistantes lui permettant de se trouver un bon emploi dans un délai raisonnable et de devenir véritablement indépendant financièrement.

9 Déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette (LDFPAÉ, chapitre 9)

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

Nous avons pu constater, dans la jurisprudence, une tendance distincte à opter par « défaut » pour des montants de pension alimentaire pour époux se situant au milieu de la fourchette, ce qui, à notre avis, devrait être évité. Dans le cas de la durée, on a beaucoup moins tendance à opter par défaut pour le milieu de la fourchette, et davantage à expliquer le résultat.

Les montants situés au milieu des fourchettes des Lignes directrices facultatives ne devraient PAS être traités comment un résultat par défaut. Ce n'est pas une « norme », et les parties supérieures et inférieures des fourchettes ne sont pas réservées aux cas exceptionnels. Trop souvent, les juges traitent le point milieu en tant que tel, surtout lorsqu'ils utilisent la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Notre examen des affaires relatives aux Lignes directrices facultatives nous a permis de constater que dans 60 p. 100 des affaires publiées s'appuyant sur la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, le montant de la pension alimentaire pour époux qui est établi se situe au milieu de la fourchette. Un tel résultat est habituellement traité comme s'il ne nécessitait aucune explication, alors que des montants plus élevés ou plus faibles sont plus susceptibles d'être accompagnés de motifs pour appuyer la décision. Pour des décisions dans lesquelles un résultat au milieu de la fourchette est soigneusement expliqué, voir *Reid c. Carnduff*, 2014 ONSC 605, et *Monahan-Joudrey c. Joudrey*, 2012 ONSC 5984.

Les affaires s'appuyant sur la formule *avec pension alimentaire pour enfants* devraient plus souvent donner lieu à des montants situés dans la moitié supérieure de la fourchette, puisque la formule tient déjà compte de la capacité de payer « moyenne ». La plupart de ces cas sont clairement compensatoires, et les « besoins » sont grands dans le ménage de la partie ayant la responsabilité principale du soin des enfants, ce qui devrait tirer les montants vers le haut, à l'intérieur de la fourchette. À l'opposé, dans les situations de garde partagée, le résultat par défaut dans les cas de familles binucléaires (pas de nouveaux partenaires, pas de nouveaux enfants) devrait être un montant de pension alimentaire pour époux générant un partage égal du revenu net disponible (RND), qui est expliqué en détail dans la section « La formule *avec pension alimentaire pour enfants* » ci-dessus.

Nous rencontrons moins souvent cette tendance à « opter par défaut pour le point milieu » dans le cas de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Cette formule est plus simple, se fonde moins sur la capacité de payer, et englobe une plus grande diversité de situations de faits. En outre, les budgets peuvent être plus importants dans ces situations.

Le chapitre 9 des Lignes directrices facultatives fournit une orientation considérable en ce qui a trait à l'emplacement à l'intérieur des fourchettes et présente une liste non exhaustive de facteurs qui peuvent aider à cet égard, tant pour le montant que pour la durée :

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

Les avocats doivent penser à fonder leurs arguments sur ces facteurs, entre autres, pour appuyer leur position au sujet du montant ou de la durée. Les tribunaux doivent expliquer les raisons pour lesquelles ils ont choisi un emplacement précis à l'intérieur de la fourchette, afin d'établir une jurisprudence qui fournira une certaine orientation pour les négociations. Certains juges sont très clairs quant aux raisons pour lesquelles ils ont choisi un emplacement en particulier, offrant ainsi un modèle pour d'autres.

Il existe de bons exemples dans la jurisprudence où le tribunal a bien expliqué le choix de l'emplacement à l'intérieur de la fourchette. L'un des meilleurs exemples en appel demeure *Cassidy c. McNeil*, 2010 ONCA 218 (partie inférieure appropriée car l'époux demeure le parent gardien, le revenu de l'épouse est relativement élevé, pas de délai). La décision rendue dans l'affaire *Cassidy* reconnaissait **la relation entre la durée et le montant**. Un montant situé dans la partie supérieure de la fourchette peut être associé à une durée plus courte, ou, à l'opposé, un montant moins élevé peut être établi pour une durée plus longue. Voir aussi *Willi c. Chapple*, [2009] O.J. n° 3752 (C.S.J.) (courte durée, faible revenu estimé du payeur, montant dans la partie supérieure de la fourchette).

L'emplacement à l'intérieur de la fourchette reflète souvent les **déterminations des revenus** qui ont été utilisés pour établir la fourchette de montants. S'il est estimé que le payeur a un revenu faible, le tribunal pourrait choisir un montant situé dans la partie supérieure de la fourchette, comme ce fut le cas dans *Saunders c. Saunders*, 2015 ONSC 2459 (pension alimentaire provisoire, revenu élevé) ou *Willi c. Chapple*, ci-dessus. À l'inverse, lorsqu'il est difficile d'attribuer un revenu à un bénéficiaire, mais que le tribunal est d'avis que celui-ci pourrait gagner plus, le juge pourrait choisir un montant moins élevé à l'intérieur de la fourchette : voir *Shorey c. Shorey*, [2009] O.J. n° 5136, 2009 CarswellOnt 7514 (C.S.J.) (l'épouse travaille 3 jours par semaine, pourrait gagner plus, quelques heures supplémentaires attribuées à l'époux qui est moins en mesure d'augmenter son revenu, milieu de la fourchette).

La **solidité de la demande compensatoire** est souvent prise en compte comme facteur, que la demande soit solide ou non : *Brown v. Brown*, 2013 NBQB 369 (demande non compensatoire uniquement, partie inférieure de la fourchette); *Monahan-Joudrey c. Joudrey*, 2012 ONSC 5984 (demande clairement compensatoire, unique responsable des soins); *Ross c. Ross*, 2010 BCSC 52 (l'épouse a conservé ses compétences professionnelles durant le mariage, elle est en mesure de se

trouver du travail à temps plein; la demande compensatoire est moins solide); *Barry c. Barry*, 2009 NLUFC 13 (demande compensatoire moins solide, demande non compensatoire plus solide, partie inférieure de la fourchette).

L'**ampleur des besoins** peut être un facteur non compensatoire solide qui tire le montant vers le haut de la fourchette : *Bastarache c. Bastarache*, 2012 NBQB 75 (écart entre les niveaux de vie, besoin de l'épouse, partie supérieure de la fourchette). Les **coûts de logement moins élevés** pour le bénéficiaire peuvent réduire le « besoin » et inciter un tribunal à choisir un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette, par exemple lorsque le bénéficiaire vit dans une maison entièrement payée ou paye un loyer réduit : *Guignard c. Guignard*, 2011 ONSC 7078 (l'épouse vit dans un logement dont le loyer est déterminé en fonction du revenu).

La **capacité de payer** du payeur peut être affectée par les remboursements de dettes : *Guignard c. Guignard*, ci-dessus; *S.D. c. J.D.*, 2012 NBQB 237. Les **cotisations obligatoires à un régime de pension** pouvant affecter grandement les flux d'argent du payeur, l'emplacement à l'intérieure de la fourchette devrait en tenir compte dans la plupart des cas : *Hari c. Hari*, 2013 ONSC 5562; *Macey c. Macey*, 2013 ONSC 462.

Les **incitations au travail** pour le payeur sont souvent mentionnées dans des affaires : *Reid c. Carnduff*, 2014 ONSC 605 (milieu de la fourchette, coûts liés au transport pour se rendre au travail); *Chapman c. Chapman*, [2010] O.J. n° (C.S.J.) (le revenu de l'époux varie selon son ardeur au travail, partie inférieure de la fourchette au titre de l'incitation au travail); *Savoie c. Savoie*, 2009 NBQB 134 (partie inférieure de la fourchette); *Lalonde c. Lalonde*, [2008] O.J. n° 4507, 2008 CarswellOnt 6710 (C.S.J.) (beaucoup d'heures supplémentaires incluses dans le revenu du payeur, partie inférieure de la fourchette).

Le **partage des biens** peut influencer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette, principalement les montants situés aux extrémités. Un montant élevé au titre du partage des biens donne aux époux une sécurité et des capitaux sur lesquels ils peuvent compter, ce qui entraînera probablement l'établissement d'un montant situé plus bas dans la fourchette : *Cochrane c. Cochrane*, 2013 BCSC 2114 (demande clairement compensatoire, mais biens importants, partie inférieure de la fourchette). À l'inverse, s'il y a peu de biens à partager, le montant de pension alimentaire peut être situé plus haut dans la fourchette.

Quelques facteurs précis ont fait leur apparition. Ils ne figurent pas dans la liste établie au chapitre 9 des Lignes directrices facultatives, mais ils peuvent être importants pour déterminer l'emplacement à l'intérieur de la fourchette :

- **Coûts d'accès élevés** : *H.F. c. M. H.*, 2014 ONCJ 450 (l'époux est retourné aux Bermudes); *Jardine c. Jardine*, 2013 NSSC 30 (coûts de transport élevés pour l'accès, garde exclusive); *D.S. c. J.D.*, 2012 NBQB 237 (payeur gardien, l'époux paye tous les coûts de l'accès supervisé de l'épouse); *Gibson c. Gibson*, [2009] O.J. n° 4172 (coûts d'accès élevés après le déménagement de l'épouse de Thunder Bay à Elliot Lake, époux effectuant ses versements à crédit, partie inférieure de la fourchette); *Graham c. Wilson*, [2009] O.J. n° 1432, 2009 CarswellOnt 1866 (C.S.J.) (voyages pour accès durant de longues fins de semaine, partie inférieure de la fourchette); *Novlesky c. Novlesky*, 2009 BCSC 1328 (retour

au Brésil de l'épouse, frais de déplacement élevés, partie inférieure de la fourchette); *Spikula c. Spikula*, [2008] O.J. n° 3931 (C.S.J.) (frais de garde partagée, partie inférieure de la fourchette).

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

Comme pour les exceptions, il s'agit d'une partie de l'analyse au titre des Lignes directrices facultatives qui est trop souvent négligée ou minimisée. Il est étrange de ne pas tenir compte de l'emplacement du montant dans la fourchette, étant donné toute l'énergie et l'analyse consacrées à la détermination des revenus des époux. Compte tenu de l'étendue des fourchettes de montants, il est tout aussi facile d'obtenir un montant souhaité après une analyse minutieuse des facteurs concernant l'emplacement, qu'en utilisant les arguments au sujet des revenus. De même, toute l'attention tend à être dirigée vers le montant de la pension alimentaire, alors le choix de l'emplacement de la durée à l'intérieur des fourchettes peut être tout aussi important. Une bonne analyse fondée sur les Lignes directrices facultatives comporte de nombreux aspects, et c'est une erreur que de se concentrer uniquement sur l'un d'eux.

D'autres facteurs peuvent avoir une incidence sur l'emplacement à l'intérieur des fourchettes. Lorsque le bénéficiaire se remarie ou a un nouveau partenaire, le montant peut être situé plus bas dans la fourchette, ou même situé en-dessous de la fourchette, comme il est expliqué dans la section « remariage ou nouvelle union de l'époux bénéficiaire », ci-dessous. Lorsque le payeur a une nouvelle famille ou des enfants nés d'une nouvelle union, il peut aussi être nécessaire de rajuster l'emplacement du montant dans la fourchette : voir la section « Les nouvelles familles ou l'arrivée de nouveaux enfants », ci-dessous.

Les fourchettes de montant et de durée obtenues au moyen des formules sont plutôt larges, laissant ainsi une grande place à l'exercice du discernement et du pouvoir discrétionnaire pour tenir compte des faits propres à chaque cas. Si vous souhaitez établir un montant supérieur ou inférieur aux fourchettes, souvenez-vous de tenir compte d'abord de la « Restructuration » dont il est question ci-dessous. Si ni l'emplacement à l'intérieur de la fourchette ni la restructuration ne semble produire le résultat souhaité, il faut alors examiner les « Exceptions » exposées ci-dessous.

10 La restructuration (LDFPAÉ, chapitre 10)

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

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

La restructuration peut être utilisée de trois manières :

- pour **octroyer d'emblée un montant plus élevé**, supérieur à la fourchette établie au moyen de la formule, mais de durée plus courte (extrémité inférieure de la fourchette ou en-deçà de celle-ci);
- pour **allonger la durée** au-delà de la fourchette établie au moyen de la formule et réduire le montant des mensualités (extrémité inférieure de la fourchette ou en-deçà de celle-ci);
- pour calculer une **somme forfaitaire** en combinant le montant et la durée.

Des exemples de chaque méthode de restructuration sont présentés ci-dessous.

À l'exception des sommes forfaitaires, qui sont utilisées un peu plus fréquemment et sont traitées séparément ci-dessous, **la restructuration demeure grandement négligée**, et les fourchettes globales sont peu mentionnées lorsque des versements périodiques sont accordés. Dans les cas où les tribunaux choisissent un montant et une durée situés à l'extérieur des fourchettes, ils soutiennent souvent qu'ils « ne suivent pas les Lignes directrices facultatives », alors que les résultats peuvent très bien se situer à l'intérieur des fourchettes globales et ainsi être conformes aux Lignes directrices facultatives. **Le fait d'envisager la restructuration d'un montant périodique devrait être une étape normale d'une analyse des Lignes directrices facultatives.** Pour deux excellents exemples du recours à la restructuration, voir *Fisher c Fisher*, [2008 ONCA 11 (utilisation explicite des fourchettes globales pour l'octroi d'emblée d'un montant périodique plus élevé) et *Bennett c. Reeves*, 2014 ONCJ 145 (restructuration intégrée à l'analyse du montant périodique approprié, bien qu'elle ne soit pas fondée sur les faits de l'affaire).

La restructuration sera principalement appliquée dans les cas régis par la formule sans pension alimentaire pour enfants. La modulation du montant par rapport à la durée exige que la pension alimentaire ait une **durée fixe**. Par conséquent, il y aura lieu d'avoir recours à la restructuration uniquement dans les cas où la formule produit des délais plutôt qu'une pension alimentaire «illimitée (durée non précisée)». Cela se produit généralement dans les cas de mariages

de courte ou de moyenne durée dans lesquels la pension alimentaire pour époux est déterminée au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants* ou de la formule du *payeur gardien* (qui a été construite à partir de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*). Cependant, la restructuration a parfois été utilisée dans des cas où l'application des Lignes directrices facultatives suggère une pension alimentaire illimitée. **L'utilisation de la restructuration lors de l'application de la formule avec pension alimentaire pour enfants soulève des questions particulières qui sont traitées dans une section distincte ci-dessous.**

La restructuration et le fait de considérer les montants périodiques en termes de montants globaux peuvent être utiles non seulement dans le cadre de demandes initiales, mais également lors de **la révision et la modification** (voir les exemples fournis ci-dessous). En outre, la restructuration devrait toujours être envisagée lors de **l'évaluation de l'équité des ententes relatives à la pension alimentaire pour époux** qui semble s'éloigner des fourchettes des Lignes directrices facultatives dans le cadre d'une analyse de type *Miglin* (tel qu'il est discuté ci-dessus, dans la section « Ententes »); voir, par exemple, *Van Erp c. Van Erp*, 2015 BCSC 203 (reconnaît que l'entente octroyait d'emblée un montant considérablement plus élevé que la fourchette des Lignes directrices facultatives, mais le montant global demeure inférieur à la fourchette lorsque la durée est prise en compte; l'entente est maintenue).

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

(a) Octroyer d'emblée d'un montant plus élevé

L'octroi d'emblée d'un montant plus élevé sera souvent approprié dans les mariages de courte ou de moyenne durée pour lesquels on a appliqué la formule *sans pension alimentaire pour enfants* et dans lesquels le montant généré par la formule peut sembler trop faibles si l'objectif de la pension alimentaire est de fournir une période de transition permettant de conserver un niveau de vie quelque peu similaire à celui du couple au cours du mariage. Dans ces circonstances, la restructuration peut être utilisée pour octroyer d'emblée un montant supérieur et pour réduire la durée. Pour de bons exemples, voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11, *R.L. c. L.A.B.*, 2013 PESC 24, *Broadbear c. Prothero*, 2011 ONSC 3636, et *McCulloch c. Bawtinheimer*, 2006 ABQB 232. Bien entendu, dans le cas des mariages de très courte durée, il peut être plus approprié de simplement regrouper les montants périodiques en un montant forfaitaire : voir *Arnold c. Arnold*, 2009 BCSC 1384.

Dans le cadre d'une révision ou d'une modification, lorsque le montant prévu dans l'ordonnance originale était plus élevé que les fourchettes, les tribunaux ont reconnu qu'il s'agissait d'un exemple d'octroi d'emblée d'un montant plus élevé, et ont revu à la baisse le montant et la durée de la pension alimentaire régulière : voir *Mercel c. Bouillon*, 2012 ONSC 6557, *Ball c. Ball*, 2013 BCSC 227, et *Maber c. Maber*, 2012 NBQB 337.

(b) Réduire le montant, allonger la durée

Cette forme de restructuration pourrait être appropriée dans le cas d'un mariage de durée moyenne lorsque le bénéficiaire a une invalidité à long terme. Dans une telle situation, la restructuration peut être employée pour réduire le montant accordé à un supplément de revenu plus modeste mais versé sur une plus longue période; voir *Bockhold c. Bockhold*, 2010 BCSC 214 (durée illimitée plutôt que fixée à 17 ans en raison d'une invalidité et l'incapacité de l'épouse d'atteindre l'indépendance économique, montant en-deçà de l'extrémité inférieure de la fourchette des Lignes directrices facultatives, mais revenu également supérieur au plafond.)

On pourrait aussi utiliser cette forme de restructuration dans les cas de mariages de moyenne ou longue durée (p. ex., des mariages ayant duré entre 15 et 20 ans) où la formule produit des délais, mais où une pension alimentaire d'une durée plus longue est considérée comme étant appropriée. De telles situations peuvent au départ mettre en cause des enfants à charge, mais sont « passées » à la formule *sans pension alimentaire pour enfants* après que les enfants sont devenus indépendants. Dans cette situation, la restructuration peut être utilisée pour choisir un montant de pension alimentaire qui se situe dans la partie inférieure de la fourchette, voire même en-deçà de l'extrémité inférieure de celle-ci; voir *Bockhold*, ci-dessus, et *Bosanac c. Bosanac*, 2014 ONSC 7467.

Dans le cadre d'une révision ou d'une modification, lorsque le montant de l'ordonnance initiale était inférieur à la fourchette, cette forme de restructuration peut être utilisée pour prolonger la durée au-delà de la fourchette : voir *Bhandhal c. Bhandhal*, 2015 ONSC 1152.

(c) Les sommes forfaitaires

L'une des formes de restructuration envisagées dans les Lignes directrices facultatives consiste à regrouper les versements périodiques en une somme forfaitaire. Toutefois, dans certaines provinces, notamment l'Ontario, on a souvent interprété la jurisprudence existante comme empêchant le versement d'une somme forfaitaire au titre de la pension alimentaire, sauf dans des circonstances très inhabituelles. Ce n'est plus le cas en Ontario à la suite de la décision exhaustive rendue par la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Davis c. Crawford*, 2011 ONCA 294, qui a énoncé de nouveau et élargi la portée de la capacité d'un tribunal de rendre des ordonnances prévoyant le versement d'une somme forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux. L'arrêt *Davis* est devenu l'arrêt clé, souvent cité, au sujet de l'octroi de sommes forfaitaires. La décision fournit un mini guide, aux paragraphes 66 à 76 du jugement, sur les avantages, les inconvénients et l'utilisation adéquate des sommes forfaitaires au titre de la pension alimentaire pour époux. La Cour rejette l'idée que l'octroi d'une somme forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux doit, par principe, être limité à des [TRADUCTION] « circonstances très inhabituelles ». Elle reconnaît aux juges un vaste pouvoir discrétionnaire pour rendre des ordonnances prévoyant une somme forfaitaire, après avoir pesé les avantages et les inconvénients, même si les ordonnances prévoyant des versements périodiques sont la norme pour des raisons pratiques. La Cour a également énoncé (au paragr. 76) que les Lignes directrices facultatives devraient généralement être utilisées pour calculer la somme forfaitaire. Dans *Robinson c. Robinson*, 2012 BCCA 497, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a par la suite approuvé les principes énoncés dans *Davis c. Crawford*.

Pour de bons exemples de conversion de versements périodiques en une somme forfaitaire, voir *Robinson* (BCCA, ci-dessus), *Stannett c. Green*, [2014] O.J. 47 (C.S.J.), *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707, *G.G. c. M.A.*, 2014 BCSC 1023, et *Vanos c. Vanos*, [2009] O.J. No. 4217 (C.S.J.). Cependant, les sommes forfaitaires servent plusieurs objectifs, et dans de nombreux cas, les calculs ne sont pas fournis. Dans *Davis c. Crawford*, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du tribunal de première instance malgré l'absence d'explications détaillées concernant les calculs, en raison de la norme de contrôle en appel fondée sur la retenue; voir aussi *Racco c. Racco*, 2014 ONCA 330, et *Ludmer c. Ludmer*, 2014 ONCA 287.

Voici quelques éléments à ne pas oublier lorsque l'on envisage la restructuration au moyen d'une somme forfaitaire :

- Pour convertir des paiements périodiques en somme forfaitaire, il faut que le payeur ait **des biens ou des ressources** pour lui permettre de payer la somme.
- Les sommes forfaitaires basées sur les Lignes directrices facultatives doivent avoir **des limites de durée**, et seront donc utilisées plus souvent dans les cas de mariages de courte ou de moyenne durée pour lesquels on applique la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Toutefois, les sommes forfaitaires sont parfois appropriées même dans les cas de mariage de longue durée lorsque la durée de l'ordonnance est illimitée – par exemple, en raison d'inquiétudes au sujet du non-paiement de la pension alimentaire périodique. Dans de tels cas, on peut établir une durée pour calculer la somme forfaitaire; voir *Marsh c. Marsh*, 2012 BCSC 1597 (somme forfaitaire après un mariage de 24 ans, calculée selon une durée de 15 ans, jusqu'à ce que l'époux atteigne 65 ans; aucune réduction pour l'espérance de vie de l'épouse) et *Raymond c. Raymond*, 2008 O.J. No. 5294 (mariage de 27 ans, somme forfaitaire basée sur une durée de 10 ans, alors que l'époux aura presque atteint 65 ans). Dans l'alternative, le calcul peut aussi être basé sur une pension alimentaire de durée illimitée réduite selon l'espérance de vie; voir *Blatherwick c. Blatherwick*, 2015 ONSC 2606 et *Yorke c. Yorke*, 2010 NBQB 230.
- **Lors de la conversion de la pension alimentaire périodique en une somme forfaitaire, il ne faut pas oublier les réductions aux fins de l'impôt.** La somme forfaitaire n'est pas imposable pour le bénéficiaire et n'est pas déductible pour le payeur, contrairement aux versements périodiques. Les fourchettes des Lignes directrices facultatives reposent sur le principe selon lequel la pension alimentaire périodique est déductible pour le payeur et imposable pour le bénéficiaire. Lorsque les fourchettes de montants et de durées sont utilisées pour calculer la somme forfaitaire, le montant global doit être réduit pour tenir compte du statut fiscal différent de la somme forfaitaire : voir *Samoilova c. Mahnic*, 2014 ABCA 65. Ce point peut sembler évident, mais il est négligé assez souvent pour qu'il vaille la peine de le mentionner. Les cinq affaires mentionnées ci-dessus à titre d'exemples de conversion de versements périodiques en une somme forfaitaire (*Robinson*, *Stannett c. Green*, *Soschin c. Tabatchnik*, *G.G. c. M.A.*, et *Vanos*) comprennent toutes la réduction aux fins de l'impôt. Des questions similaires peuvent se poser en ce qui a trait aux sommes forfaitaires accordées au titre de la pension alimentaire rétroactive (voir les affaires mentionnées sous cette dernière rubrique).

- La prochaine question à se poser consiste à déterminer **le taux d'imposition à utiliser pour réduire ou rajuster** le montant global des Lignes directrices facultatives. La même question se pose en ce qui a trait aux sommes forfaitaires accordées au titre de la pension alimentaire rétroactive, et une grande partie de la jurisprudence est apparue dans ce contexte. Dans les cas où il n'y a aucune preuve, certains tribunaux établiront, de manière quelque peu arbitraire, un taux de réduction théorique, par exemple 30 p. 100; voir *Bastarache c. Bastarache*, 2012 NBQB 75, et *Chalifoux c. Chalifoux*, 2008 ABCA 70. Toutefois, dans *P. (B.) c. T. (A.)*, 2014 NBCA 51, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté cette pratique et a exigé que la réduction fiscale soit basée sur des preuves. Dans des cas où des preuves sont fournies, et que des taux d'imposition différents s'appliquent au payeur et au bénéficiaire, il faut déterminer quel taux utiliser. Des logiciels peuvent être utiles pour ce calcul. DivorceMate, par exemple, offre une calculatrice de somme forfaitaire qui fournit les valeurs réduites en tenant compte des taux d'imposition pour le bénéficiaire et pour le payeur. Il est nécessaire d'établir un équilibre entre les positions fiscales respectives du payeur et du bénéficiaire, qui sera le plus souvent le point milieu entre les deux positions (ce qui est l'approche courante lorsqu'on utilise les calculs effectués au moyen de logiciels). Dans certains cas, il peut être approprié de pencher davantage vers la position fiscale de l'une ou l'autre partie; par exemple, on peut pencher vers le bénéficiaire lorsqu'aucun impôt ou un petit montant serait payable sur un montant périodique, ou vers le payeur lorsque les montants périodiques pourraient se rapprocher de la limite de sa capacité de payer. Pour un examen des affaires traitant de cette question, voir *Robinson* (BCCA, ci-dessus).
- **Le calcul de la somme forfaitaire peut aussi prendre en considération la valeur de l'argent au fil du temps (c.-à-d. en prévoyant une réduction pour la valeur actuelle).** Les logiciels peuvent être utiles pour certains de ces calculs. Par exemple, la calculatrice de somme forfaitaire de DivorceMate, mentionné ci-dessus, offre divers calculs de la valeur nette actuelle, en plus des valeurs réduites pour les taux d'imposition. De façon générale, ce rajustement se justifie, mais il peut être inapproprié lorsque la durée est courte; voir *Arnold c. Arnold*, 2009 BCSC 1384). Pour des exemples de calculs de la somme forfaitaire qui comprennent une réduction pour la valeur actuelle, voir *Vanos c. Vanos*, [2009] O.J. No. 4217 (C.S.J.) (le tribunal a fait la moyenne des valeurs actuelles du montant forfaitaire calculé par DivorceMate pour l'époux et l'épouse); *Raymond c. Raymond*, [2008] O.J. No. 5294 (C.S.J.) (somme forfaitaire basée sur une ordonnance périodique de 10 ans, réduction de 6 % pour la valeur actuelle) et *Durakovic c. Durakovic*, [2008] O.J. No. 3537 (C.S.J.) (somme forfaitaire basée sur une ordonnance périodique de 6 ans; réduction de 30 % aux fins de l'impôt, 3 % pour la valeur actuelle)
- Le fait de réduire les sommes forfaitaires pour tenir compte des **imprévus futurs** suscite davantage la controverse. Cela semble être une pratique que les juges ont importée des poursuites pour préjudices corporels, mais on ne sait pas exactement pourquoi ces imprévus devraient être utilisés pour convertir une série de paiements périodique au titre de la pension alimentaire pour époux en une somme forfaitaire. En outre, les imprévus sont souvent inexpliqués, ce qui les rend encore moins évidents. Pour un cas où aucun ajustement n'a été fait pour tenir compte des imprévus, voir *Blatherwick*, ci-dessus.

- S'il faut faire des rajustements pour tenir compte des imprévus, ces imprévus doivent être clairement énoncés et estimés. Il n'y a aucune base pour une réduction normalisée de 20 p. 100 pour les imprévus, comme des avocats l'ont proposé ou des tribunaux l'ont établi dans quelques cas : *Colafranceschi c. Colafranceschi*, 2001 CarswellOnt 646, [2001] O.J. No. 771 (C.S.J.), *Walker c. Brown*, 2013 BCSC 204 et *Marsh*, ci-dessus (bien qu'un autre calcul dans ce cas-ci ne comprenait de réduction relative aux imprévus). Dans certains cas, aucune explication n'est donnée pour justifier des réductions importantes pour tenir compte des imprévus : voir *Raymond*, ci-dessus (réduction de 50 p. 100 pour les imprévus, aucune explication) ou *Durakovic*, ci-dessus (réduction de 25 p. 100 pour les imprévus, somme forfaitaire qui tient compte uniquement des deux années de pension alimentaire qu'il reste). Pour un exemple marquant d'une affaire dans laquelle la justification de l'ajustement pour tenir compte des imprévus est clairement énoncée, voir *Robinson c. Robinson* (20 p. 100 pour tenir compte des imprévus pour une somme forfaitaire basée sur des versements périodiques pendant 9.5 ans, jusqu'à ce que le payeur ait atteint 65 ans; l'époux a des problèmes de santé et des problèmes cardiaques, il a notamment subi un quadruple pontage, il existe donc une possibilité réelle qu'il ne puisse pas travailler jusqu'à l'âge de 65 ans).

(d) La restructuration selon la formule avec pension alimentaire pour enfants

En général, le mécanisme de restructuration est moins pertinent pour les mariages avec des enfants à charge. La capacité du payeur de payer la pension alimentaire pour époux sera limitée dans la plupart des cas, ce qui empêche souvent toute possibilité d'octroyer d'emblée un montant plus élevé ou d'accorder une somme forfaitaire. Le caractère illimité des pensions alimentaires calculées au moyen de cette formule de base et l'absence de délais fermes rendent la restructuration plus incertaine. Cependant, les fourchettes de durées établies selon cette formule, bien qu'elles soient assorties de délais plus souples, permettent une certaine marge de manœuvre dans les négociations au sujet de la durée, ce qui crée des conditions propices à la restructuration dans certains types de situations.

- Les situations les plus propices à l'octroi d'emblée d'un montant plus élevé ou à l'attribution d'un montant forfaitaire dans le cadre de la formule de base *avec pension alimentaire pour enfants* seront celles où le bénéficiaire souhaite obtenir un montant de pension alimentaire pour époux situé au-delà de l'extrémité supérieure de la fourchette au cours d'une période plus courte, pour suivre un programme de formation coûteux, par exemple, ou souhaite obtenir un montant forfaitaire pour se loger; voir *Card c. Card*, 2009 BCSC 865 et *Karisik c. Chow*, 2010 BCCA 548 (mariage de 7 ans, 1 enfant, somme forfaitaire basée sur des versements périodiques pendant cinq ans qui permet à l'épouse de garder la maison familiale).
- Dans certains cas, on peut souhaiter obtenir un montant forfaitaire parce qu'on craint que la pension alimentaire pour époux ne sera pas versée; voir *Wielgus c. Adewole*, 2014 ONSC 3841; *Werner c. Werner*, 2013 NSCA 6; *Chen c. Tan*, 2014 BCSC 2176 (mariage de 17 ans, 1 enfant, l'époux peu susceptible de payer, somme forfaitaire basée sur la partie inférieure de la fourchette de montants et sur le point milieu de la fourchette de durées); *Stace-Smith c. Lecompte*, 2011 BCCA 129 (cohabitation de 4 ans, 1 enfant, somme forfaitaire basée sur

une durée de 3 ans); *Venco c. Lie*, 2009 BCSC 831 (modeste versement mensuel de pension alimentaire combiné à des antécédents de non-paiement), *Durakovic c. Durakovic*, [2008] O.J. No. 3537 (C.S.J.) (mariage de 7 ans, somme forfaitaire basée sur une ordonnance de versements périodiques de 6 ans). On peut utiliser le montant forfaitaire pour établir une coupure nette dans des cas de conflits graves; voir *G.G. c. M.A.*, 2014 BCSC 1023 (conflit grave, mariage de 7 ans, 2 enfants, somme forfaitaire basée sur le point milieu de la fourchette de montants et une durée de 6 ans).

- Pour qu'un montant supérieur soit attribué d'emblée, les situations suivantes sont celles qui se prêtent probablement le mieux à un tel versement, étant donné qu'elles témoignent d'une capacité accrue de payer :
 - un seul enfant;
 - garde partagée;
 - deux enfants, aucune dépense au titre de l'article 7 et revenus plus élevés;
 - revenus plus élevés en général;
 - Modeste versement mensuel de pension alimentaire pour époux et mariage de courte durée.
- Le recours aux sommes forfaitaires dans les cas de mariages de courte durée avec enfants pose problème. Ces cas sont souvent fondés sur une durée fixe très courte pour la pension alimentaire, qui ne tient compte que de la durée du mariage, erreur qui a été dégagée ci-dessus dans l'exposé au sujet de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* sous la rubrique « mariages courtes, jeunes enfants ».

(e) La restructuration selon la formule du payeur gardien

La formule du *payeur gardien* s'applique aux situations où il y a des enfants à charge mais où le bénéficiaire n'est pas le parent qui en a la garde. Il s'agit d'une version modifiée de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. L'adoption des mêmes fourchettes de durées que la formule *sans pension alimentaire pour enfants* signifie que l'on aura recours à la restructuration dans le cadre de cette formule de la même façon que l'on y a recours avec la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, même si la capacité de payer peut limiter l'utilisation de l'octroi d'un montant supérieur et des sommes forfaitaires; voir *Martin c. Martin*, [2007] O.J. n° 467. (C.S.J.) (ordonnance périodique modeste convertie en somme forfaitaire) et *Bennett c. Reeves*, 2014 ONCJ 145 (analyse intéressante de la restructuration dans un cas de payeur gardien, même si elle n'a pas été appliquée aux faits de l'affaire).

11 Les plafonds et les planchers (LDFPAÉ, chapitre 11)

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

(a) **Le plancher, revenu du payeur inférieur à 20 000 \$ ou à 30 000 \$**

Au chapitre 11 des Lignes directrices facultatives, nous expliquons ce qu'est le « plancher » de 20 000 \$, à savoir le revenu annuel brut du payeur en-deçà duquel aucune pension alimentaire n'est généralement versée. Il peut y avoir des cas exceptionnels dans lesquels le payeur a un revenu inférieur à 20 000 \$ où une pension alimentaire pour époux est parfois versée. Tout juste au-dessus de ce plancher, pour le payeur dont le revenu se situe entre 20 000 \$ et 30 000 \$, il existe des préoccupations quant à sa capacité de payer et aux incitations au travail qui peuvent justifier que l'on aille en-deçà des fourchettes, ce qui constitue une « exception ». La plupart de ces cas mettent en cause des mariages longs, des époux plus âgés et retraités, ainsi que des invalidités pour les deux époux, bien souvent. Ces cas sont peu nombreux.

- De façon générale, les ordonnances ne prévoient pas de **montants inférieurs au plancher** : *Heywood c. Heywood*, 2013 ONSC 58 (mariage de 36 ans, couple séparé depuis 2009; l'époux paye 1 200 \$ par mois, montant basé sur un revenu annuel de 39 000 \$, mais il a été mis fin à son emploi; il est maintenant retraité, et a un revenu de 17 600 \$, inférieur au plancher des Lignes directrices facultatives, incapacité de payer, malgré que l'épouse n'a aucun revenu, longue discussion au sujet du plancher); *Whittick c. Whittick*, 2014 BCSC 1597 (mariage de 26 ans, l'époux a un revenu annuel de 17 366 \$, et l'épouse, un revenu annuel de 14 201 \$, aucune pension alimentaire); *Arbou c. Robichaud*, 2012 NBQB 16 (retraités, revenus du RPC et de la SV maintenant égalisés, les deux revenus sont inférieurs au plancher, il est mis fin à la pension alimentaire); *A.M.R. c. B.E.R.*, 2005, PESCTD 62 (11 ans de vie commune, l'épouse a un revenu de 18 557 \$, le mari handicapé a un revenu encore moins élevé (13 525 \$); pas de pension alimentaire).
- Dans certains des cas les plus anciens, le tribunal n'a pas fait référence au plancher prévu par les Lignes directrices facultatives, mais a tout de même refusé d'accorder une pension alimentaire : *Moore c. Moore*, 2009 NLUFC 39 (deux époux invalides, époux payeur reçoit 14 700 \$, incapacité de payer); *Scheiris c. Scheiris*, [2009] O.J. n° 3795 (C.S.J.) (revenu de pension du payeur 10 000 \$, de l'épouse 3600 \$, pas de pension alimentaire); *Bains c. Bains*, 2008 ABQB 271 (un chauffeur de taxi gagnant 17 918 \$ par année qui versait une pension alimentaire pour enfants; pas de pension alimentaire pour époux).

- Dans certains cas de mariages de très longue durée, dans le cadre de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les tribunaux trouveront une **exception inférieure au plancher**, en particulier si le bénéficiaire n'a aucun revenu : *Pratt c. Pratt*, 2008 NBQB 94 (l'épouse recevait des prestations d'aide sociale, l'époux avait un revenu annuel de 14 116 \$, pension alimentaire de 300 \$ par mois seulement); *M.(W.M.) c. M.(H.S.)*, 2007 BCSC 1629 (l'épouse n'a aucun revenu, l'époux a un revenu annuel de 17 800 \$, pension alimentaire de 600 \$ par mois, partie inférieure de la fourchette des Lignes directrices facultatives).
- Dans quelques cas présentant des **faits inhabituels**, les tribunaux étaient disposés à ordonner le versement d'une pension alimentaire pour époux, malgré le plancher : *Wells c. Campbell*, 2015 BCSC 3 (mariage de 22 ans, l'époux a un revenu de 13 265 \$ qui monte à 27 629 \$ quand on ajoute sa pension d'ancien combattant, l'épouse a un revenu de 11 079 \$, somme forfaitaire de 10 972 \$ payable à la vente de la propriété, ce qui correspond à un versement mensuel de 70 \$, montant situé au milieu de la fourchette des Lignes directrices facultatives); *N.B. (A.G.) v. Flanagan*, 2012, NBQB 849 (mariage de 28 ans, pension alimentaire rétroactive, l'époux a perdu son emploi d'enseignant en raison de son inconduite, n'a pas payé la portion de sa pension qui revenait à l'épouse.)
- Dans le cas de payeurs gagnant entre **20 000 \$ et 30 000 \$**, les tribunaux ont généralement accordé des montants de pension alimentaire inférieurs à l'extrémité inférieure de la fourchette, après avoir explicitement envisagé cette « exception » : *Matthews c. Gallant*, 2015 PESC 12 (l'époux a un revenu de 22 867 \$, l'épouse gagne 16 497 \$, l'époux paie 315 \$ par mois au titre du remboursement des dettes familiales, il a des déductions fiscales limitées aux fins du calcul de la pension alimentaire, pas de pension alimentaire); *Norrish c. Norrish*, 2015 ABQB 370 (l'époux gagne 23 357 \$, l'épouse réside dans un établissement de soins de longue durée, et a un revenu de 10 452 \$, montant de pension alimentaire situé dans la partie inférieure de la fourchette); *Slano c. Slano*, 2014 BCSC 1677 (mariage de 39 ans, l'époux a un revenu annuel de 31 157 \$, revenu variable, l'épouse a un revenu annuel de 8 760 \$, montant de 700 \$ au titre de la pension alimentaire, partie inférieure de la fourchette); *Gustafson c. Gustafson*, 2010 MBQB 10; *Kajorinne c. Kajorinne*, [2008] O.J. n° 2789, 2008 CarswellOnt 4229 (C.S.J.); *Serpa c. Yueping*, 2007 BCSC 1181 (pas de droit aux aliments); *Maitland c. Maitland*, [2005] O.J. n° 2252 (C.S.J. Ont.); *Snowden c. Snowden*, 2006 BCSC 825.
- Dans deux affaires où la formule *avec pension alimentaire pour enfants* a été utilisée, dans le cas de faibles revenus, le tribunal a ordonné aux payeurs de verser de **petits montants** de pension alimentaire pour époux même si la fourchette obtenue était de zéro : *H.P. c. D.P.*, [2006] N.S.J. n° 511, 2006 CarswellNS 560 (C. fam.) (175 \$ par mois, pension alimentaire versée jusqu'à ce que la maison soit vendue, plutôt que de faire des contributions au titre des dépenses prévues à l'article 7); *Skirten c. Lengyel*, [2007] O.J. n° 679 (C.S. Ont.) (l'époux « devrait payer quelque chose », 50 \$ par mois). Il s'agit toutefois de « situations marginales ».

Il importe de noter que dans les cas de personnes retraitées, lorsque la pension a été divisée et qu'une portion de cette pension divisée est déduite du revenu du payeur aux fins du calcul de la

pension alimentaire pour époux, laissant ainsi le payeur avec un faible revenu, il ne faut pas traiter ces cas comme des cas de « plancher » si, en réalité, le revenu complet du payeur dépasse ce niveau, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Brisson c. Brisson*, 2012, BCCA 396. Des questions plus complexes sont soulevées dans ces affaires de type *Boston*, qui sont traitées dans la section « Retraite », ci-dessous.

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

En nombres absolu, ces situations sont peu nombreuses, mais elles sont surreprésentées dans les décisions judiciaires, en partie en raison des montants importants en jeu, mais aussi en partie parce qu'elles sondent les limites extrêmes de notre réflexion au sujet des pensions alimentaires pour époux. Un certain nombre de ces affaires se sont rendues devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : voir Rogerson et Thompson, « Complex Issues Bring Us Back to Basics : The SSAG Year in Review in B.C. » (2009), 28 *Canadian Family Law Quarterly* 263, p. 283 à 286. Les affaires de la Colombie-Britannique sont toujours les plus nombreuses parmi les décisions publiées, puisque bon nombre des cas de revenus élevés en Ontario sont réglés au moyen de l'arbitrage ou de la médiation devant un arbitre.

Quelques principes clairs ont été établis dans la jurisprudence, même si les résultats réels sont discrétionnaires, et parfois, contradictoires. Dans *J.E.H. c. P.L.H.*, 2014 BCCA 310, autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée ([2014] S.C.C.A n° 412), on trouve un examen minutieux du droit pour les cas de revenus supérieurs au plafond, dans lequel certains de ces principes sont énoncés.

- Les formules pour établir le montant **ne sont plus basées sur la présomption** lorsque le revenu du payeur dépasse le plafond.
- Le plafond **n'est pas absolu ou rigide**, puisque la pension alimentaire pour époux peut augmenter et augmente généralement pour les payeurs dont le revenu est supérieur à 350 000 \$.
- Les formules ne doivent pas **s'appliquer automatiquement** au-delà du plafond, bien que les formules puissent constituer la méthode appropriée pour déterminer la pension alimentaire pour époux, selon les faits d'une situation donnée.
- Au-delà du plafond, les affaires de pension alimentaire pour époux doivent être soumises à **une analyse factuelle particulière à chaque cas**. Toutefois, le fait de fixer un montant situé à l'intérieur de la fourchette des Lignes directrices facultatives, comme dans *J.E.H. c. P.L.H.*, ci-dessus, ne constitue pas une erreur. Des éléments de preuve et des arguments sont toutefois nécessaires.
- Lorsque le revenu du payeur se situe **un peu au-dessus du plafond**, les fourchettes des formules seront souvent utilisées pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux, et les résultats obtenus se situeront dans la partie inférieure de la fourchette de

montants. Ce qu'on entend par « un peu au-dessus du plafond » n'a toutefois pas encore été clairement établi. Cela semble être quelque part entre 500 000 \$ et 700 000 \$.

- Lorsque que le revenu du payeur se situe « **loin** » **au-delà du plafond**, le montant de pension alimentaire accordé sera généralement inférieur à la fourchette, mais les fourchettes sont tout de même calculées, et il arrive parfois que le résultat obtenu soit situé à l'intérieur de la fourchette.

À la lumière de ces principes, il est crucial que les avocats fassent les calculs prévus dans les Lignes directrices facultatives, même dans les situations de revenus élevés. Il est judicieux de calculer les fourchettes pour **différents niveaux de revenus** : pour le plafond de 350 000 \$ (qui constitue un minimum) et pour l'intégralité du revenu (pour établir le maximum), ainsi que pour divers niveaux de revenus situés entre ces deux points (pour aider le tribunal à établir un résultat par triangulation). Pour un bon exemple de ces calculs différents, voir *Saunders c. Saunders*, 2014 ONSC 2459.

Dans bon nombre de décisions publiées portant sur des revenus élevés, une pension alimentaire **provisoire ou temporaire** a été accordée. Les résultats provisoires sont davantage susceptibles de se situer à l'intérieur de la fourchette, puisque l'objectif, à l'étape provisoire, est de préserver la situation financière actuelle : *Cork c. Cork*, 2013 ONSC 2788. Dans certaines de ces affaires l'estimation du revenu du payeur sera peu élevée, ce qui tirera le montant vers le haut de la fourchette pour s'ajuster : *Saunders c. Saunders*, ci-dessus; *Loesch c. Walji*, 2008 BCCA 214.

- Dans le cas d'un **revenu un peu au-dessus de 350 000 \$**, le tribunal ordonnera un montant situé à l'extrémité inférieure de la fourchette de montants (le revenu du débiteur est noté pour chaque cas) : *Ponkin c. Werden*, 2015 ONSC 7466 (498 828 \$, puis 406 507 \$); *Stober c. Stober*, 2015 BCSC 743 (600 000 \$); *Piche c. Chiu*, 2015 BCSC 335 (465 000 \$); *Droit de la famille – 151740*, 2015 QCCS 3284 (375 000 \$); *Cork c. Cork*, 2014 ONSC 2488 (562 000 \$, ordonnance finale); *C.E.A. c. B.E.A.*, 2014 BCSC 1500 (592 122 \$); *Dymon c. Bains*, 2013 ONSC 915 (550 000 \$); *D.L.D. c. R.C.C.*, 2013 BCSC 590 (652 000 \$); *Perry c. Fujimoto*, 2011 ONSC 3334 (353 000 \$); *Trombetta c. Trombetta*, 2011 ONSC 394 (660 000 \$); *Teja c. Dhanda*, 2007 BCSC 1247, appel partiellement accueilli pour d'autres questions, 2009 BCCA 198 (425 000 \$).
- Ce ne sont pas tous ces cas qui donnent lieu à des montants situés à l'extrémité inférieure : *J.E.H. c. P.L.H.*, 2015 BCSC 1485 (650 000 \$, milieu, modification); *T.T. c. J.M.H.*, 2014 BCSC 451 (597 000 \$, partie supérieure); *J.R. c. N.R.F.*, 2013 BCSC 516 (471 814 \$, partie supérieure); *Abelson c. Mitra*, 2008 BCSC 1197 (355 000 \$, milieu de la fourchette); *Y.J.E. c. Y.N.R.*, 2007 BCSC 509 (602 400 \$, milieu de la fourchette). Dans certains ressorts, des montants inférieurs à la fourchette sont accordés, même pour ce type de revenus; voir, par exemple, *Babich c. Babich*, 2015 SKQB 22 (746 000 \$, bien en-dessous de la fourchette); *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87 (500 000 \$, en-dessous de la fourchette).
- Dans les cas de **revenus loin au-delà du plafond**, la majorité des résultats obtenus se situent en-dessous de la fourchette, et parfois même très en-dessous pour des niveaux de revenus très élevés : *Volcko c. Volcko*, 2015 NSCA 11, appel à la CSC rejeté [2015] [2015]

S.C.C.A. n° 141 (1 248 756 \$); *J.L.A. c. M.J.G.G.*, 2014 BCSC 1391 (831 648 \$); *S.R.M. c. N.G.T.M.*, 2014 BCSC 442 (900 000 \$); *Frank c. Linn*, 2014 SKCA 87 (1 211 828 \$); *Margie c. Margie*, [2013] O.J. No. 6193 (C.S.J.) (plus d'un million \$); *Goriuk c. Turton*, 2011 BCSC 652 (9 740 000 \$); *T.N. c. J.C.N.*, 2013 BCSC 1870 (1 163 648 \$, payeur gardien); *Breed c. Breed*, 2012 NSSC 83 (1 186 585 \$); *Dobbin c. Dobbin*, 2009 NLUFC 11 (1,5 million \$); *Dyck c. Dyck*, 2009 MBQB 112 (3 045 205 \$).

- Toutefois, même dans les cas de revenus situés bien au-delà du plafond, certains tribunaux ont établi des montants situés à l'intérieur de la fourchette pour les revenus élevés : *Saunders c. Saunders*, ci-dessus (1 million \$, fourchette élevée, estimation du revenu faible); *J.E.H. c. P.L.H.*, ci-dessus (1 million \$, milieu de la fourchette); *B.L.B. v. G.D.M.*, 2015 PESC 1 (1 069 724 \$, partie inférieure de la fourchette); *Blatherwick c. Blatherwick*, 2015 ONSC 2606 (1,4 million \$, partie supérieure de la fourchette); *T.N. c. J.C.N.*, 2015 BCSC 439 (982 626 \$); *Williams c. Williams*, 2015 BCSC 112 (1,2 million \$, milieu de la fourchette); *K.R.M. c. F.B.M.*, 2013 BCSC 286 (895 898 \$, partie supérieure de la fourchette); *Elgner c. Elgner*, [2009] O.J. No. 5369 (C.S.J.), autorisation d'appel rejetée, 2010 ONSC 1578 (C. Div.) (2,9 millions \$, partie inférieure de la fourchette); *Loesch c. Walji*, 2008 BCCA 214 (1,6 million, revenu de l'époux plus élevé dans le passé, pension alimentaire pour époux de 50 000 \$ par mois, montant situé au-delà de l'extrémité supérieure de la fourchette de 35 000 \$ par mois); *S.O. c. C.S.O.*, 2008 BCSC 283 (909 569 \$, partie inférieure de la fourchette).
- Dans certains cas de revenus élevés où l'on a utilisé la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, les tribunaux ont calculé les montants figurant aux tables de pensions alimentaires pour enfants en utilisant l'intégralité du revenu du payeur et ont ensuite calculé, aux fins de la pension alimentaire pour époux, la fourchette en utilisant un revenu brut du payeur de 350 000 \$: *J.W.J.McC. c. T.E.R.*, 2007 BCSC 252; et *J.E.B. c. G.B.*, 2008 BCSC 528 (Protonotaire). À noter que si l'on fait ce calcul hypothétique pour établir la fourchette de la pension alimentaire pour époux, il est très important d'utiliser également le montant de la pension alimentaire pour enfants approprié pour un revenu de 350 000 \$, et non le montant de pension alimentaire pour enfants le plus élevé (une erreur commise malgré l'analyse par ailleurs soignée dans *Dickson c. Dickson*, 2009 MBQB 274). Voir l'exposé sur les cas où l'on utilise deux revenus dans la section « Détermination du revenu », ci-dessus.

Certains commentateurs ont soulevé quelques inquiétudes quant au fait que la fourchette établie au moyen d'une formule est trop souvent utilisée par défaut dans les cas de revenus élevés, mais aucune tendance en ce sens ne se distingue dans les décisions mentionnées ci-dessus. Les cas de revenus élevés peuvent attirer grandement l'attention du milieu juridique, mais inévitablement, le vaste pouvoir discrétionnaire des juges dans ces affaires de revenus très élevés donnera lieu à des résultats divergents et imprévisibles. Ces cas de revenus élevés ne posent pas de problèmes techniques pouvant être réglés au moyen d'un ensemble de lignes directrices, mais soulèvent des questions théoriques fondamentales au sujet du bien-fondé et de l'objectif des pensions alimentaires pour époux.

12 Les exceptions (LDFPAÉ, chapitre 12)

Si les fourchettes obtenues par l'application des formules semblent produire des résultats qui vous paraissent « incorrects » quant au montant ou à la durée, vous devriez songer aux exceptions et vous référer au chapitre 12 des Lignes directrices facultatives. Onze exceptions y figurent et reconnaissent la possibilité d'écart par rapport aux résultats obtenus au moyen des formules. Certaines de ces exceptions sont fondées sur une analyse du droit aux aliments dont les formules ne tiennent pas compte; d'autres sont des ajustements pratiques.

Les exceptions sont plus susceptibles d'être nécessaires lors de l'application de la formule *sans pension alimentaire pour enfants* (et la formule du *payeur gardien*, qui utilise une version hybride de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*), puisque cette formule plus simple ne s'adapte pas avec autant de souplesse aux diverses situations de fait dans ces cas.

Les exceptions constituent la dernière étape de l'analyse selon les Lignes directrices facultatives. Premièrement, on peut utiliser la situation à l'intérieur d'une fourchette pour tenir compte des facteurs qui constituent le fondement des exceptions. Deuxièmement, la restructuration offre un moyen supplémentaire d'augmenter le montant et la durée au-dessus des fourchettes ou de les diminuer en dessous de celles-ci, tout en préservant l'uniformité et la prévisibilité des Lignes directrices facultatives. Si *aucun* de ces deux moyens ne peut apporter une solution satisfaisante au regard des faits inhabituels d'un cas particulier, il peut être nécessaire d'avoir recours aux exceptions.

L'utilisation des exceptions prévues dans les Lignes directrices facultatives augmente de manière constante, d'année en année, tout comme le nombre de décisions dans lesquelles elles sont utilisées, y compris les décisions rendues en appel (voir ci-dessus). Toutefois, les affaires où l'on néglige de tenir compte des exceptions sont encore trop nombreuses. Par conséquent, les résultats obtenus au moyen des formules ne sont pas rajustés lorsque cela pourrait être justifié; ou bien, lorsque les avocats et les juges n'aiment pas les chiffres générés par les formules, ils disent que les Lignes directrices facultatives sont « peu utiles » et ils s'en remettent aux budgets, aux revenus nets, ou à la pure discrétion, pour arriver à un résultat.

Enfin, il importe de retenir que **les écarts par rapport aux résultats obtenus au moyen des formules ne se limitent pas aux onze exceptions qui ont été relevées**. Le droit de la famille foisonne de **situations de fait inusitées**, et c'est aussi le cas pour les affaires de pension alimentaire pour époux. Les formules des Lignes directrices facultatives ont été créées pour les cas « typiques », pour en faciliter le règlement. Les Lignes directrices en elles-mêmes sont informelles et facultatives, ce qui signifie qu'il est possible de s'écarter des formules même lorsqu'un cas ne comporte aucune des « exceptions » figurant au chapitre 12. En présence de faits inhabituels, certains avocats et juges tentent tout de même d'appliquer les formules des Lignes directrices facultatives. Les faits inusités exigent que l'on soit disposé à sortir du cadre des fourchettes, et même de celui des exceptions figurant dans les Lignes directrices facultatives. Dans certains cas, les types de facteurs déterminant l'emplacement dans la fourchette (LDFPAÉ, chapitre 9) pourraient également justifier le choix d'un montant situé à l'extérieur de celle-ci.

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

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

(b) Le remboursement des dettes (LDFPAÉ 12.2)

Dans la plupart des cas, les dettes conjugales sont adéquatement prises en compte lors du partage des biens. Ce n'est que lorsque le passif est supérieur à l'actif que l'attribution du remboursement des dettes pourra avoir une incidence sur la capacité de payer. L'exception relative au remboursement des dettes s'applique uniquement lorsque le passif est supérieur à l'actif, et là encore, seulement lorsque les remboursements de dettes sont si élevés qu'ils ne peuvent être rajustés par l'emplacement du montant à l'intérieur des fourchettes.

Il y a un chevauchement entre cette exception et l'exception précédente relative à la situation financière difficile pendant la période provisoire. À l'étape provisoire, la présomption qu'un époux assume une plus grande partie du remboursement des dettes sera un facteur plus important – c'est-à-dire, avant que le partage des biens ait pris en compte les dettes. La « situation financière difficile » la plus fréquente pour l'application de l'exception provisoire est attribuable au remboursement du prêt hypothécaire ou d'autres dettes avant le procès ou avant la vente de la maison. Il faut appliquer l'exception provisoire dans de telles situations, et appliquer l'exception relative au remboursement des dettes à une étape ultérieure.

Les affaires qui traitent ouvertement de l'exception relative au remboursement des dettes sont, entre autres : *Marche c. Marche*, 2009 NLTD 31; *Van Wieren c. Van Wieren*, 2008 BCSC 31; *Seed c. Desai*, 2014 ONSC 3329 (le fardeau élevé de la dette a été l'un des facteurs ayant mené à la détermination d'un montant inférieur à la fourchette); *Dunn c. Dunn*, 2011 ONSC 6899 (exception relative au remboursement des dettes appliquée; le revenu de l'époux a été réduit du montant majoré de ses remboursements de dettes, avec peu d'explication et de justifications; un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette a été établi, parce que l'on présumait que l'épouse ne payait peut-être pas sa part des dettes conjointes; révision dans cinq ans); *R.M.S. c. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53 (l'épouse payeuse ne peut pas invoquer l'exception relative au remboursement des dettes, parce qu'elle a reçu des biens pour couvrir les dettes lors du partage des biens); et *Goodine c. Goodine*, 2013 NSSC 98 (l'époux se retrouve avec des dettes élevées après le partage des biens, aucune capacité de payer la pension alimentaire pour époux, décision fondée explicitement sur l'exception relative au remboursement des dettes).

De façon générale, l'exception relative au remboursement des dettes est invoquée par le payeur afin de faire baisser le montant de la pension alimentaire pour époux en dessous de la fourchette. Toutefois, dans *H.M.H c. J.R.H*, 2015 BCPC 10, cette exception a été utilisée pour faire augmenter le montant des paiements au-dessus de la fourchette, dans une situation où le bénéficiaire était responsable du remboursement des dettes.

Dans certaines situations, le tribunal traitera le paiement d'égalisation échelonné d'un des époux, ou les remboursements de prêt pour ce paiement, comme une « dette » et, par conséquent, pour

justifier un montant de pension alimentaire pour époux inférieur à ceux de la fourchette, mais cela est incorrect : voir, par exemple, *Wright c. Wright*, [2008] O.J. no 3118 (C.S.J.) (pension alimentaire pour époux réduite bien en deçà de la fourchette pour tenir compte de paiements d'égalisation à même des revenus d'entreprise). Dans une telle situation, l'époux qui verse des paiements d'égalisation a par définition des avoirs excédant le montant des paiements d'égalisation, et n'est donc pas visé par cette exception.

(c) Les obligations alimentaires antérieures (LDFPAÉ 12.3)

Cette exception n'est souvent pas mentionnée, en partie parce qu'il s'agit d'un simple ajustement mathématique effectué par le logiciel dès que l'information est saisie. Toutefois, dans certains cas, les tribunaux ont fait l'ajustement à la main : voir *Ponkin c. Werden*, 2015 ONSC 791 (le tribunal parle de la nécessité de majorer la pension alimentaire versée pour des enfants d'une union antérieure lors de l'ajustement selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*). Si l'ajustement pour une obligation alimentaire antérieure n'est pas fait, la pension alimentaire pour époux sera de beaucoup supérieure à la fourchette correcte.

Il s'agira habituellement d'un ajustement d'une obligation antérieure de pension alimentaire pour enfants : *Lickfold c. Robichaud*, 2008 CarswellOnt 6138 (C.S.J.) (pas de capacité de payer une pension alimentaire pour époux). Mais il se peut à l'occasion qu'il s'agisse d'une obligation antérieure de pension alimentaire pour époux : *Robertson c. Williams*, [2009] O.J. n° 5451 (C.S.J.) et *Ponkin c. Werden*, 2015 ONSC 791 (obligations alimentaires pour enfants et pour époux antérieures prises en compte).

Dans la plupart des cas, c'est l'époux payeur qui aura une obligation alimentaire pour enfants ou pour époux antérieure. Mais il peut aussi avoir la responsabilité d'un autre enfant, un enfant qui n'est pas « issu du mariage ». Dans cette situation, on peut déterminer un montant théorique de pension alimentaire pour enfants, et l'utiliser aux fins de l'ajustement (LDFPAÉ 12.3.3); voir *Ponkin c. Werden*, ci-dessus. Dans l'affaire *Newcombe c. Newcombe*, 2014 ONSC 1094, le tribunal a fait son propre calcul en se basant sur les Lignes directrices facultatives et a fourni des explications, et il a accordé une réduction au payeur, qui avait eu la garde physique de ses deux jeunes enfants nés de son mariage précédent pendant de très longues périodes, non seulement pour la pension alimentaire pour enfants versée, mais aussi pour la pension alimentaire pour enfants théorique pour les périodes où les enfants vivaient avec lui.

Il arrive parfois que le montant de l'ajustement pour tenir compte des obligations alimentaires antérieures soit assez élevé. Dans *Ponkin c. Werden*, ci-dessus, qui portait sur un mariage relativement court selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les montants de pension alimentaire pour époux obtenus après cet ajustement étaient si faibles que le tribunal s'est fondé sur l'exception relative aux difficultés ou à la nécessité pour ordonner le versement d'une pension alimentaire supérieure à la fourchette pendant une partie de la période provisoire.

Il importe de souligner que cet ajustement du revenu, qui vise à tenir compte des obligations alimentaires antérieures, s'applique uniquement à la détermination de la pension alimentaire pour époux en application des Lignes directrices facultatives. Le revenu complet du payeur doit être utilisé pour déterminer la pension alimentaire pour enfants, sans qu'il y ait d'ajustement à la baisse pour les obligations alimentaires antérieures. Voir *Stadig c. Stadig*, 2013 ONSC 7334 pour une

affaire dans laquelle cette erreur a été commise, même si elle n'a pas eu d'incidence sur le résultat, dans les faits.

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

Quelques affaires soulèvent la possibilité de s'écarter des fourchettes établies par les formules dans laquelle le payeur subvenait aux besoins de ses parents : *Wang c. Seow*, 2008 MBQB 218, et *Seed c. Desai*, 2014 ONSC 3329. Comme la liste des exceptions prévues aux Lignes directrices facultatives n'est pas exhaustive, il se peut que, selon les faits de l'espèce, il y ait des situations où une obligation alimentaire envers d'autres membres de la famille soit reconnue.

(d) La maladie et l'invalidité (LDFPAÉ 12.4)

La maladie et l'invalidité sont des questions fréquentes dans la jurisprudence, et une exception souvent utilisée. Bon nombre de questions d'invalidité peuvent être résolues au moyen des formules. Dans le cas d'un mariage de longue durée, le montant de la pension alimentaire sera appréciable, et la durée, illimitée. S'il s'agit d'un mariage survenu plus tard dans la vie, avec un bénéficiaire plus âgé, la « règle des 65 » peut résoudre la question de la durée, même si le montant n'est pas très élevé. Si la personne invalide a la responsabilité principale des enfants, la pension alimentaire pour époux calculée au moyen de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* sera illimitée (au moins au début), et le montant sera généreux.

L'« exception » relative à la maladie et à l'invalidité sera généralement pertinente dans les cas de mariage de courte ou de moyenne durée lorsque le bénéficiaire n'a la responsabilité d'aucun enfant, mais en présence d'une invalidité permanente. Ces situations seront traitées au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants* ou de la formule du *payeur gardien*. Ces formules produisent des fourchettes de montants et de durées qui semblent certainement « trop basses » ou « trop courtes » du point de vue des bénéficiaires. Les payeurs voudront quant à eux contester les fourchettes principalement en vue de limiter la période de versement de la pension alimentaire pour époux dans le cas de mariages de courte ou de moyenne durée.

Le droit dans ce type de situations est particulièrement incertain et confus à certains moments, tant et si bien que les tribunaux n'ont pas encore été en mesure d'adopter une démarche cohérente. La Cour suprême du Canada a abordé certaines de ces préoccupations dans l'arrêt *Bracklow*, mais nous voyons les effets de son manque d'orientation dans ces affaires. Dans les Lignes directrices facultatives, nous reconnaissons la maladie et l'invalidité comme constituant une exception, mais la portée et l'application de cette exception demeurent difficiles à intégrer dans le droit actuel.

Les cas qui comprennent une maladie ou une invalidité permanente dans un mariage de courte ou de moyenne durée sont des affaires « difficiles » et se retrouvent souvent devant les tribunaux, parce qu'elles se règlent difficilement à l'amiable. Par conséquent, de nombreuses décisions ont

été rendues, mais même les quelques décisions rendues par des tribunaux d'appel sur cette question n'ont pas permis d'élaborer une approche claire. On peut toujours dégager de la jurisprudence **trois démarches fréquentes** utilisées dans ces situations, la première et la troisième étant les plus courantes. Bien que les différences factuelles puissent expliquer certaines différences dans l'approche (par exemple, la durée de la relation ou un élément compensatoire en plus du fondement non compensatoire), dans une vaste mesure, les affaires portent sur des idées concurrentes au sujet du droit aux aliments que les tribunaux tentent encore de démêler.

- **Montant plus élevé, durée plus longue** : plusieurs tribunaux répondent aux besoins accrus dans les situations d'invalidité en augmentant le montant *et* en prolongeant la durée de la pension alimentaire. La Cour divisionnaire de l'Ontario est la plus haute instance à avoir adopté cette approche, dans *van Rythoven c. van Rythoven*, 2010 ONSC 5923 (mariage de 13 ans, l'épouse souffre de problèmes de santé mentale, pension alimentaire de durée limitée prévue par une entente établie en 1996; pension alimentaire pour époux située à l'extrémité supérieure de la fourchette, aucun délai, fondée sur le revenu actuel de l'époux, qui s'élève à 95 000 \$). Voici quelques décisions de tribunaux de première instance : *Knapp c. Knapp*, 2014 ONSC 1631 (mariage de 12 ans, ordonnance initiale, partie supérieure, indéfinie, mais révision); et *Aujla c. Singh*, 2012 ONSC 5217 (mariage de 5 ans, pension alimentaire supérieure à la fourchette et illimitée).

Pour des affaires moins récentes voir : *Rhynold c. Rhynold*, [2009] O.J. n° 4339 (C.S.J.); *Steele c. Steele*, [2009] O.J. n° 2062 (C.S.J.); *Shaw c. Shaw*, 2009 NSSC 353; *Smith c. Smith*, 2008 CarswellOnt 1921 (C.S.J.); *Lepp c. Lepp*, 2008 BCSC 448; *Mumford c. Mumford*, 2008 NSSC 82; *Pegler c. Avio*, 2008 BCSC 128; *Wilson c. Marchand*, 2007 ONCJ 408 (durée limitée, mais toujours au-delà de la fourchette); *Peterson c. Peterson*, 2007 SKQB 316; *Bramhill c. Dick*, 2007 BCSC 262; et *Eng c. Eng*, 2006 BCSC 1353.

- **Montant moins élevé, durée plus longue** : Certains tribunaux prolongeront la durée du versement de la pension alimentaire pour époux, qui peut être « illimitée », tout en maintenant le montant à l'intérieur de la fourchette, souvent à l'extrémité ou près de l'extrémité inférieure de la fourchette. La Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette approche dans *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659 (mariage de 16 ans, il n'est pas mis fin à la pension alimentaire pour époux au bout de 16 ans, extrémité inférieure, illimitée), mais il s'agissait d'un cas de passage d'une formule à l'autre avec une demande fortement compensatoire, et la cour s'est aussi fondée sur l'exception prévue à l'article 15.3. Toutefois, dans *Hickey c. Princ*, 2015 ONSC 5596, qui renverse 2014 ONSC 5272, la Cour divisionnaire de l'Ontario a adopté cette approche dans une affaire purement non compensatoire, dans laquelle le juge de première instance avait, au moment de la modification, réduit le montant de la pension alimentaire en raison du départ à la retraite de l'époux et avait rendu une ordonnance de durée limitée qui prévoyait la fin de la pension alimentaire 17 ans après un mariage de 17 ans sans enfant. La Cour divisionnaire a accueilli l'appel et a supprimé le délai, mais n'a pas touché au montant, situé près de l'extrémité inférieure de la fourchette. Pour des décisions rendues par des tribunaux de première instance, voir : *Knapp c. Knapp*, ci-dessus (mariage de 12 ans; si l'ordonnance alimentaire avait été illimitée sans prévoir de révision, le montant se serait situé à l'extrémité inférieure de la fourchette); *M.E.K. c. M.K.K.*, 2014 BCCS 2037; *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 876 (mariage de 17 ans, pension alimentaire illimitée mais montant inférieur à la

fourchette, faits inusités, payeur gardien, invalidité du bénéficiaire apparue après la séparation); *Campbell c. Campbell*, 2009 BCSC 1330; et *Munro c. Munro*, 2006 BCSC 1758.

- **Aucune exception** : Selon cette approche, les situations d'invalidité devraient être réglées à l'intérieur des fourchettes établies par les formules, tant pour le montant que pour la durée. En effet, ces tribunaux qui adoptent cette approche ne reconnaissent pas d'exception au titre de l'invalidité. Le montant et la durée peuvent se situer à l'extrémité supérieure de la fourchette, mais la pension alimentaire pour époux est de durée limitée ou il y est mis fin conformément aux fourchettes, même dans le cas d'une invalidité permanente. C'est l'approche qui est recommandée dans les Lignes directrices facultatives et qui a été utilisée dans la décision *Bracklow* lors du nouveau procès. Trois décisions rendues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique offrent des exemples de cette approche : *Shellito c. Bensimhon*, 2008 BCCA 68 (mariage de 5 ans, aucun enfant, délai imposé, montant supérieur à la fourchette; montant global supérieur à la fourchette, mais pas beaucoup plus élevé que le maximum; en outre, le bénéficiaire a pu retourner sur le marché du travail); *Shen c. Tong*, 2013 BCCA 519 (mariage de 7 ans; épouse victime d'un accident de voiture; fin de la pension alimentaire pour époux après 4 ans); et *Powell c. Levesque*, 2014 BCCA 33 (cohabitation de 8 ans, fin de la pension alimentaire pour époux après 12 années de versements généreux; durée supérieure à la fourchette, mais il y est tout de même mis fin). Toutes ces affaires portaient sur des mariages relativement courts. Dans *Depatie c. Squires*, 2012 ONSC 1933, la Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé l'ordonnance rendue par le juge de première instance, qui prévoyait un délai de 9 ans après une relation de 12 ans. Pour des décisions de première instance récentes, voir : *Morneau c. Morneau* 2014 BCSC 2269 (fin de la pension 8 ans après la relation de 8 ans); *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707 (relation de 11 ans, invalidité apparue après la séparation, montant forfaitaire basé sur le milieu des fourchettes de montants et de durées); *R.L. v. L.A.B.*, 2013 PESC 24, (fin de la pension alimentaire 11 ans après une relation de 15 ans; l'époux prendra sa retraite; montant supérieur à la fourchette); et *Este c. Blais*, 2014 ONSC 5446, (cohabitation de 9 ans, épouse invalide, RPC 12 000 \$, l'époux prend sa retraite, fin de la pension alimentaire après 6 ans).

Pour des décisions moins récentes, voir : *Barton c. Sauvé*, 2010 ONSC 1072; *Haggerty c. Haggerty*, 2010 NSSC 9; *T.J.M. c. C.R.M.*, 2009 BCSC 1122 (montant au-delà de la fourchette, mais durée légèrement inférieure au maximum); *McFadden c. Sprague*, [2009] O.J. n° 258, 2009 CarswellOnt 294 (C.S.J.); *Rayvals c. Rayvals*, 2008 BCSC 176; *Williston c. Williston*, 2006 BCSC 1869; *Wise c. Wise*, 2006 BCSC 945; et *Puddifant c. Puddifant*, 2005 NSSC 340.

Pour des affaires plus rares comportant un délai et un montant se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette, voir *B.M.P. c. S.L.B.*, 2015 BCSC 448 (cohabitation de 7,5 ans, payeur gardien, le requérant est un homme); *Patel c. Patel*, 2013 ONSC 2330 (payeur gardien); et *Wilson c. Wilson*, 2009 BCSC 1021.

Tant que les tribunaux d'appel n'auront pas fourni de nouvelles orientations, le traitement des situations de maladie et d'invalidité continuera d'être très varié d'un cas à l'autre. En ce qui nous concerne, nous avons indiqué, dans les Lignes directrices facultatives que « [n]otre préférence irait

à la deuxième, celle qui ne prévoit aucune exception, qui semble correspondre aux limites modernes imposées à la pension alimentaire pour époux comme moyen de réparation ». Nous devons attendre de voir comment évoluera le droit.

Autres questions dans les cas d'invalidité :

- Des questions plus complexes liées au droit aux aliments pourraient se poser lorsque l'invalidité survient après la séparation; voir *Tscherner c. Farrell*, ci-dessus, *Soschin c. Tabatchnik*, ci-dessus, ainsi que les affaires dont il est question ci-après, sous la rubrique « Modifications du revenu après la séparation ».
- Dans les cas d'invalidité où le payeur est un parent gardien, il doit y avoir un équilibre entre les besoins des enfants et ceux de l'époux invalide : voir *Tscherner c. Farrell*, ci-dessus; *Patel*, ci-dessus, et *Kuziora c. Fournier*, 2012 ONSC 1569. Voir aussi l'exposé au sujet de la formule du *payeur gardien*, ci-dessus.
- Il importe également de souligner les questions concernant le revenu qui peuvent se poser dans les cas d'invalidité. Les prestations d'invalidité du RPC sont calculées dans le revenu, mais pas les prestations d'aide sociale, pas même celles du POSPH ou de l'AISH. Les indemnités d'accidents du travail sont comprises dans le revenu, mais elles ne sont pas imposables, et devront donc être majorées. La plupart des paiements d'assurance invalidité sont également non imposables, puisque ces régimes d'assurances sont souvent financés par l'employé.

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

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

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

- La **première**, et la plus fréquente dans les décisions publiées, est celle où **l'époux bénéficiaire déménage pour se marier, abandonnant pour ce faire son emploi ou sa carrière**. Deux cours d'appel ont reconnu l'application de l'exception compensatoire dans de telles circonstances. L'une d'entre elles est la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *R.M.S. c. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53. Cette affaire portait sur un mariage de trois ans, avec deux enfants. Un montant de pension alimentaire pour époux supérieur à la fourchette et de plus de trois ans, calculé selon la formule du *payeur gardien*, a été accordé à l'époux, qui avait quitté le Brésil. La Cour a fondé sa décision sur deux exceptions : l'exception compensatoire dans le cas de mariages de courte durée et l'exception relative au rôle

parental (voir ci-après). Dans *Stergios c. Kim*, 2011 ONCA 836, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé l'application, par le juge de première instance, de l'exception compensatoire en se fondant sur un ensemble de faits extrêmement convaincants qui combinaient de multiples demandes compensatoires. L'affaire portait sur un mariage court qui a duré moins de cinq ans; l'épouse avait abandonné son emploi et était déménagée en Corée du Sud. Étant donné que son époux avait cessé de la parrainer au titre de l'immigration, elle était incapable de travailler au Canada. En outre, au cours des premières années du mariage, alors que les parties vivaient en Corée, l'épouse et ses parents avaient contribué financièrement au développement des perspectives d'emploi de l'époux. Celui-ci avait promis d'en faire autant pour son épouse, en payant ses études lorsqu'elle aurait déménagé au Canada. Un montant situé à l'intérieur de la fourchette pour un mariage de 20 ans a été accordé au titre de la pension alimentaire pour époux, pour 5 ans, pour permettre à l'épouse de faire des études universitaires.

Pour des décisions de première instance dans lesquelles un montant de pension alimentaire supérieur aux fourchettes a été accordé dans de telles circonstances, avec ou sans référence explicite à l'exception compensatoire, voir : *Sidhu c. Sidhu*, 2014 ONSC 2965 (mariage de courte durée, l'époux retire son parrainage au titre de l'immigration; l'épouse a abandonné un emploi qu'elle ne peut récupérer et doit retourner en Inde); *Singh c. Singh*, 2013 ONSC 6476 (mariage de courte durée, parrainage au titre de l'immigration, analyse explicite des exceptions relative à la période provisoire et aux difficultés; une exception compensatoire pourrait aussi s'appliquer); *Bhandal c. Mann*, 2012 BCSC 1098 (aucun exposé sur les exceptions, mais exception relative à la période provisoire et l'exception compensatoire dans les cas de mariages courts pourraient s'appliquer; *Ahn c. Ahn*, 2007 BCSC 1148; et *Fuller c. Matthews*, 2007 BCSC 444

- La **deuxième** est celle où **l'époux bénéficiaire a déménagé et a dû quitter son emploi ou compromettre sa carrière pour faciliter l'emploi ou la carrière de l'époux payeur**. On trouve une excellente analyse d'une situation où cette exception a été appliquée dans *Beardsall c. Dubois*, [2009] O.J. n° 416, 2009 CarswellOnt 559 (C.S.J.) (l'épouse a quitté son emploi pour déménager à London, où son mari s'est trouvé un emploi).
- La **troisième** est celle où **l'époux bénéficiaire peut avoir travaillé pour financer les études de l'autre**, mais le couple se sépare avant que l'époux bénéficiaire ait pu profiter des avantages de la capacité accrue de gagner un revenu de l'époux payeur. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Stergios c. Kim*, dont il est question ci-dessus, portait également sur une telle situation.

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

Après la publication de l'Ébauche de proposition, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont confirmé l'existence d'une exception aux pensions alimentaires pour époux dans les affaires dans lesquelles une ordonnance de répartition des avoirs suffisamment importante a été rendue en application des dispositions relatives aux biens de l'ancienne *Family Relations Act* : *Tedham c. Tedham*, 2005 BCCA 502, et *Narayan c. Narayan*, 2006 BCCA 561. Cette exception s'appliquait seulement en Colombie-Britannique, parce que seule cette province disposait, dans son droit des

biens, d'un régime autorisant la répartition des biens ou leur partage inégal pour raisons de pension alimentaire pour époux.

Dans la pratique, cette exception a été appliquée dans un très petit nombre de cas en Colombie-Britannique. Ce qui faisait le plus souvent l'objet d'une répartition, c'était la valeur nette du foyer conjugal, et cette répartition n'était pas suffisamment importante pour justifier que l'on s'écarte des fourchettes établies par les formules. De manière générale, l'ajustement fait pour tenir compte de la répartition consistait à fixer un montant de pension alimentaire pour époux qui se situait plus bas dans la fourchette qu'il ne l'aurait été, ou même à l'extrémité inférieure de la fourchette, comme il a été fait dans *MacEachern c. MacEachern*, 2006 BCCA 508. Pour une décision récente qui a adopté cette approche, voir *Marquez c. Zapiola*, 2013 BCCA 433.

Avec l'entrée en vigueur de la *Family Law Act*, S.B.C. 2011 ch. 25, en 2013, la répartition des biens fondée sur la pension alimentaire pour époux est devenue un [TRADUCTION] « pouvoir discrétionnaire plus limité », comme l'a indiqué la Cour dans *C.M. c. M.S.*, 2015 BCSC 1031. Le paragraphe 95(3) de la Loi fait de la répartition des biens fondée sur la pension alimentaire pour époux un recours résiduel, qui n'est possible que si la pension alimentaire pour époux ne permet pas d'atteindre les objectifs qu'elle prévoyait :

[TRADUCTION]

La Cour suprême peut aussi tenir compte de la mesure dans laquelle les ressources financières de l'époux et sa capacité de gagner un revenu ont été affectées par les responsabilités et autres circonstances de la relation entre les époux si, lors de la détermination de la pension alimentaire pour époux, les objectifs de celle-ci, prévus à l'article 161, n'ont pas été atteints.

Cela change la séquence des recours et fait probablement disparaître la nécessité d'une exception relative à la répartition des biens pour la Colombie-Britannique.

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

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

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

Les lignes directrices facultatives ne fournissent pas d'exception explicite pour l'**octroi important de biens**. Les Lignes directrices facultatives peuvent déjà répondre à quelques-unes des préoccupations relatives à la présence d'actifs « importants » : en attribuant un revenu, en choisissant un emplacement dans les fourchettes de montants et de durées, en adaptant le calcul de la pension alimentaire dans le cas des payeurs ayant un revenu supérieur au plafond de 350 000 \$, et dans des cas extrêmes, en n'accordant aucun droit aux aliments.

Le droit dans ce domaine demeure incertain. Selon la vision la plus claire que l'on ait, le partage des biens et l'octroi d'une pension alimentaire sont régis par des principes juridiques distincts et ont des objectifs différents, de sorte que l'octroi important de biens ne devrait pas, en soi, dicter une absence du droit aux aliments. Ce point de vue est partagé par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Chutter c. Chutter*, 2008 BCCA 507 (autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada rejetée), et *Bell c. Bell*, 2009 BCCA 280.

Cependant, il existe une relation entre les biens et la pension alimentaire pour époux, ce qui peut, dans certains cas, justifier un résultat situé à l'extérieur des fourchettes de montants et de durées. Dans l'affaire *Chutter*, la Cour d'appel a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'existait pas de droit aux aliments dans le cas d'un mariage de longue durée où chaque partie a obtenu des biens d'une valeur de 4 millions \$; le montant de 2 800 \$ par mois était inférieur à la fourchette (en choisissant un montant inférieur à la fourchette, la Cour d'appel a aussi tenu compte du fait que l'épouse avait des REÉR d'une valeur considérable et était logée plus que convenablement dans sa maison improductive d'une valeur de 1,9 millions \$, ce qui a quelque peu embrouillé le résultat)

Dans *Mudronia c. Mudronia*, 2014 ONSC 6217, le tribunal a ordonné la fin de la pension alimentaire pour époux après que l'épouse a reçu 1,8 millions \$ à titre de paiement d'égalisation au motif qu'elle aurait ensuite un revenu provenant d'investissement, en plus de biens additionnels d'une valeur de 1 million \$. La pension alimentaire pour époux avait déjà été payée pendant 7 ans depuis la séparation. Il s'agit là d'un exemple de revenu attribué au bénéficiaire lorsque celui-ci reçoit un paiement d'égalisation et un montant forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux rétroactive.

(i) Les besoins essentiels/difficultés (LDFPAÉ 12.7)

Cette exception reconnaît le problème propre aux mariages courts (1 à 10 ans) selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants* (et la formule du *payeur gardien*, qui est fondée sur la formule *sans pension alimentaire pour enfants*), lorsque le bénéficiaire a peu ou pas de revenus et que la formule semble générer une pension alimentaire trop faible pour lui permettre de répondre à ses besoins essentiels pour une période de transition à laquelle l'exception relative à la période provisoire ne s'applique pas. Cette exception permet d'accorder des montants supérieurs aux fourchettes, qui sont suffisants pour répondre aux besoins essentiels, mais elle ne permet pas de prolonger la durée.

Cette exception vise à s'appliquer seulement lorsque les autres exceptions – comme l'exception relative à la période provisoire, l'exception relative à la maladie ou à l'invalidité ainsi que l'exception compensatoire dans les cas de mariages courts – ne s'appliquent pas, et lorsque la restructuration ne fournit pas de solution appropriée. Lorsque cette exception a été reconnue dans les Lignes directrices facultatives, nous avons envisagé une application très étroite, et nous pensions qu'elle serait invoquée principalement dans les grandes villes, où les besoins essentiels coûtent le plus cher.

Jusqu'ici, cette exception fondée sur les besoins essentiels et les difficultés n'a pas été invoquée très souvent, et la majorité des cas où elle a bel et bien été utilisée portaient sur une pension alimentaire provisoire et se fondaient sur une combinaison de cette exception et de l'exception

relative à la période provisoire; voir *Carty-Pusey c. Pusey*, 2015 ONCJ 382; *Ponkin c. Werden*, 2015 ONSC 791, et *Tasman c. Henderson*, 2013 ONSC 4377. Pour un exemple de son utilisation dans un autre contexte, voir *Simpson c. Grignon*, [2007] O.J. No. 1915, 2007 CarswellOnt 3095 (S.C.J.).

L'une des catégories d'affaires auxquelles nous avons pensé que cette exception pourrait s'appliquer est les affaires de parrainage au titre de l'immigration; voir *Carty-Pusey*, ci-dessus (mais l'exception relative à la période provisoire est également applicable).

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

Les deux formules produisent un montant « brut » de pension alimentaire pour époux, c'est-à-dire un montant que le payeur peut déduire de ses revenus imposables et que le bénéficiaire doit inclure dans ses revenus imposables. Mais **certains payeurs ont des revenus qui proviennent entièrement ou principalement de sources légitimement non imposables**, par exemple :

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

Pour déterminer le revenu, ce revenu non imposable doit être majoré (comme il a été expliqué sous la rubrique « Revenu », ci-dessus). Toutefois, dans les cas où le revenu du payeur est basé presque entièrement sur un revenu non imposable, le payeur ne peut déduire la pension alimentaire versée, contrairement à ce que présument les formules pour déterminer le montant. Dans la plupart des cas, le bénéficiaire de la pension alimentaire pour époux devra tout de même calculer la pension alimentaire comme un revenu et payer l'impôt sur celle-ci.

En application de cette nouvelle exception, il sera nécessaire de tenir compte de la situation fiscale des époux et de leurs intérêts. Pour des exemples de situations factuelles, voir *Paul c. Paul*, 2008 NSSC 124 (les deux sont autochtones, aucun des deux ne paie d'impôt, le montant est inférieur à l'extrémité inférieure de la fourchette); et *James c. Torrens*, 2007 SKQB 219 (un payeur autochtone gagnant son revenu dans une réserve).

Il existe également un certain nombre de mécanismes d'ajustement fonctionnant avec les deux formules qui peuvent limiter le besoin de recourir à cette exception, et qui sont décrits plus en détail dans Les Lignes directrices facultatives elles-mêmes. Plus particulièrement, il n'est pas nécessaire de faire un ajustement pour le revenu non imposable dans les cas où la formule *avec pension alimentaire pour enfants* s'applique, parce que les calculs effectués selon cette formule fonctionnent avec les revenus nets; voir *Fiddler c. Fiddler*, 2014 ONSC 4068.

(j.1) Le débiteur réside dans un pays où la pension alimentaire n'est pas déductible aux fins de l'impôt

Nous aimerions ici traiter d'une variation de l'exception relative aux revenus non imposables de l'époux payeur. Par « revenu non imposable », nous entendons que le payeur ne peut obtenir les avantages de la déductibilité de la pension alimentaire pour époux aux fins de l'impôt. Cependant

un payeur peut être désavantagé sur le plan de la déductibilité d'une autre manière, s'il réside dans un pays dont les lois internes ne permettent pas de déduire les versements de pension alimentaire. Tout comme pour l'exception relative aux revenus non imposables, le bénéficiaire canadien devra tout de même inclure la pension alimentaire pour époux dans ses revenus imposables et payer de l'impôt sur ce revenu.

Bon nombre de pays permettent la déductibilité, comme les États-Unis, la France, l'Italie et l'Espagne. Toutefois, bon nombre de pays ne permettent PAS au payeur de déduire la pension alimentaire pour époux, notamment le Royaume-Uni, l'Australie, le Mexique, le Japon et la Corée (l'Allemagne et Israël ne permettent qu'une déduction limitée.)

Cela crée un problème similaire à celui que nous avons expliqué ci-dessus pour les payeurs ayant un revenu non imposable, et justifie une exception et une solution similaires.

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

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

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

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

Cette exception relative au rôle parental a été reconnue dans deux décisions rendues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'affaire *R.M.S. c. F.P.C.S.*, 2011 BCCA 53, mettait en cause un mariage très court (3 ans) avec deux enfants. Le père, qui avait quitté le Brésil, exerçait des droits d'accès substantiels. La Cour s'est fondée sur deux exceptions pour justifier un montant et une durée de pension alimentaire pour époux supérieurs aux fourchettes : l'exception compensatoire dans les cas de mariages courts et l'exception relative au rôle parental. Au paragraphe 80 de ses motifs de jugement, la juge Smith a souligné que l'exception relative au rôle parental met l'accent sur les responsabilités parentales du bénéficiaire à l'égard du soin des enfants, et qu'elle est le plus souvent utilisée pour prolonger la durée de la pension alimentaire pour époux jusqu'à ce que les enfants soient plus âgées et que les responsabilités parentales soient réduites. Elle ajoute que l'exception peut être utilisée pour augmenter le montant de la pension alimentaire pour époux si le bénéficiaire n'a pas les ressources financières nécessaires pour répondre aux demandes relatives à son rôle parental. Au paragraphe 83, elle énonce ce qui suit :

[TRADUCTION] Cette exception ne vise pas à fournir une compensation au bénéficiaire. Son but n'est pas non plus de faire en sorte que les deux ménages bénéficient du même niveau de revenu. Elle sert plutôt à garantir que le parent n'ayant pas la responsabilité principale des enfants ait les ressources nécessaires pour assumer les tâches associées à son rôle parental. Cela peut comprendre le fait de s'assurer que les enfants peuvent bénéficier d'un logement adéquat ou d'un moyen de transport entre les deux foyers.

La Cour a suivi les principes énoncés dans l'affaire *R.M.S.* pour rendre sa décision dans l'affaire *Kelly c. Kelly*, 2011 BCCA 173, qui mettait en cause un mariage de 7 ans, dans lequel les enfants vivaient avec leur père. Le montant et la durée de pension alimentaire pour époux accordée à la mère étaient supérieurs aux fourchettes des Lignes directrices facultatives, la Cour renvoyant explicitement à l'exception relative au rôle parental. En l'espèce, la mère avait un revenu relativement faible et sa difficulté à exercer son rôle parental était exacerbée par des coûts d'accès élevés. Les arrêts *R.M.S.* et *Kelly* renvoyaient tous deux à un jugement de première instance rendu en Ontario, dans l'affaire *Petit c. Petit*, [2008] O.J. n° 5437, 2008 CarswellOnt 8257 (problème de mobilité, enfants déménagés avec le père, pension pour l'épouse augmentée au-delà de la fourchette pour tenir compte des frais de déplacement pour avoir accès aux enfants dans le nord de l'Ontario).

Pour d'autres décisions de première instance fondées sur cette exception, voir *Oslano c. Onghaei*, 2012 ONSC 2158 (recours non explicite à cette exception, mais la mère non-gardienne, qui avait eu la responsabilité principale des enfants a obtenu un montant de pension alimentaire pour époux supérieur à la fourchette; nécessité de fournir un logement adéquat à ses enfants) et *Mumford c. Mumford*, 2008 NSSC 82 (mariage de 16 ans, enfant de 14 ans au soin de l'époux, épouse bénéficiant d'un peu de temps parental, mais souffrant de problèmes de santé mentale, montant de la pension alimentaire pour époux supérieur à la fourchette, durée maximale).

(I) Les besoins spéciaux des enfants (LDFPAÉ 12.10)

La présence d'un enfant ayant des besoins spéciaux peut soulever des problèmes pour la détermination du montant et de la durée de la pension alimentaire pour époux, problèmes qui peuvent souvent être réglés à l'intérieur des fourchettes, mais pas nécessairement. Dans certains cas toutefois, il peut être nécessaire de prolonger la durée de la pension alimentaire pour époux ou d'en augmenter le montant au-delà de l'extrémité supérieure de la fourchette.

L'affaire type relative à cette exception est maintenant l'arrêt *Remillard c. Remillard*, 2014 MBCA 304, dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a renversé un jugement de première instance qui attribuait un revenu à l'épouse, qui avait la garde de l'enfant lourdement handicapé des parties, et imposait un délai de cinq ans au versement de la pension alimentaire pour époux, après un mariage de 11 ans. L'épouse avait un nouveau conjoint et un deuxième enfant, et était femme au foyer. La Cour d'appel a conclu que le montant établi par le juge de première instance ne tenait pas adéquatement compte du droit de l'épouse à une pension alimentaire compensatoire, et a trop mis l'accent sur l'indépendance économique. Étant donné les besoins de l'enfant, il était irréaliste de s'attendre à ce que l'épouse puisse travailler et atteindre l'indépendance économique en cinq ans. En se fondant explicitement sur l'exception relative aux besoins spéciaux, la Cour a accordé une pension alimentaire illimitée, qui pourra être révisée ou modifiée. (Le montant de la pension alimentaire a été réduit, et établi à 1000 \$ en dessous du point milieu de la fourchette pour tenir compte de la nouvelle union de l'épouse.

Pour des décisions de première instance, voir *E.B.G. c. S.M.B.*, 2015 BCSC 541 (enfant ayant des besoins spéciaux, modification du délai prévu dans l'ordonnance sur consentement, pension alimentaire illimitée, aucune référence explicite à l'exception relative aux besoins spéciaux); *Krause c. Zadow*, 2014 ONCJ 475 (mariage de 10 ans, 3 enfants, dont 2 ont des besoins spéciaux; l'entente de séparation prévoit un montant supérieur à la fourchette; son revenu ayant diminué, l'époux veut que la pension alimentaire soit réduite et qu'un délai soit imposé; aucun fondement pour attribuer un revenu à l'épouse, étant donné les besoins des enfants; aucun délai; référence explicite à l'exception relative aux besoins spéciaux); *Jans c. Jans*, 2013 ABPC 1999 (enfant atteint du syndrome de Downs, l'époux n'a presque aucun accès, pension alimentaire pour époux supérieure à la fourchette, aucune référence explicite à l'exception); *Yeates c. Yeates*, [2007] O.J. n° 1376, 2007 CarswellOnt 2107 (C.S.J.), confirmé en appel par [2008] O.J. n° 2598, 2008 ONCA 519 (épouse ayant la garde d'enfants handicapés, pension alimentaire pour époux bien au-delà de la fourchette); et *Frouws c. Frouws*, 2007 BCSC 195 (épouse n'ayant aucun droit à la pension alimentaire pour époux, ayant tardé à en faire la demande, père gardien assumant tous les coûts des enfants ayant des besoins spéciaux).

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

L'intitulé au long de cette exception est « L'article 15.3 : Des montants peu élevés : une compensation insuffisante selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants* ». Selon l'article 15.3 de la *Loi sur le divorce*, il faut accorder la priorité à la pension alimentaire pour enfants par rapport à la pension alimentaire pour époux, ce qui peut signifier que la marge de manœuvre sera réduite ou nulle pour accorder une pension alimentaire pour époux, même lorsqu'il y a un solide fondement à la demande compensatoire, surtout si les enfants ayant besoin de soins sont nombreux. Voir *C.E.A.P. c. P.E.P.*, 2006 BCSC 1913 (droit à une pension alimentaire compensatoire reconnu, mais montant de pension alimentaire nul selon la fourchette; aucune pension alimentaire pour époux accordé, aucune capacité de payer). L'article 15.3 reconnaît aussi que lorsque la pension alimentaire pour enfants est réduite ou prend fin, la capacité de payer augmente, créant ainsi une capacité de répondre aux demandes de pension alimentaire pour époux laissées en suspens ou qui avaient satisfaites seulement en partie lorsque la pension alimentaire pour enfants était versée. Pour un exemple intéressant de l'application de l'article 15.3, voir *Beck c. Beckett*, 2011 ONCA 559 (en première instance, aucune pension alimentaire pour époux accordée tant qu'il y aura une obligation alimentaire au profit d'un enfant; au moment de l'appel, l'obligation alimentaire pour enfants avait pris fin, ordonnance alimentaire pour enfants remplacée par une ordonnance alimentaire pour époux prévoyant un montant situé au milieu de la fourchette).

Cette exception reconnaît qu'une fois que la pension alimentaire pour enfants prend fin, des demandes compensatoires non satisfaites peuvent subsister et qu'il peut être nécessaire de prolonger la *durée* de la pension alimentaire pour époux afin d'accorder une compensation suffisante à l'époux bénéficiaire. Cette exception sera généralement invoquée dans le cadre d'une modification, dans des cas de mariages de longue durée avec enfants, lorsque la pension alimentaire pour enfants prend fin et que l'on passe de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* à la formule *sans pension alimentaire pour enfants* (voir la section 14.5 des Lignes directrices facultatives, ainsi que la rubrique « Passage d'une formule à l'autre », ci-après). Dans de nombreux cas, la formule *sans pension alimentaire pour enfants* pourra répondre de manière adéquate à la priorité antérieure donnée à la pension alimentaire pour enfants et aux demandes compensatoires non satisfaites du bénéficiaire. Le montant de la pension alimentaire pour époux

peut être augmenté au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, et pour les mariages de 20 ans ou plus, la durée sera illimitée. Toutefois, lorsque le mariage a duré moins de 20 ans, les délais obtenus avec cette formule s'appliquent, et la durée maximale correspond à la durée du mariage. Pour ces cas, **l'exception aura pour effet de prolonger la durée de la pension alimentaire pour époux au-delà de la limite maximale fixée par la durée du mariage.**

Nous avons maintenant une décision rendue par une cour d'appel qui se fonde expressément sur cette exception. Il s'agit de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659. Il s'agissait d'un cas de passage d'une formule à l'autre dans lequel la pension alimentaire pour enfants avait pris fin. La pension alimentaire pour époux avait été payée pendant 16 ans, après un mariage de 16 ans avec quatre enfants. L'épouse avait cessé de travailler peu de temps avant la séparation en raison de problèmes de santé. L'époux demandait que l'on mette fin à la pension alimentaire pour enfants et soit que l'on mette fin à la pension alimentaire pour époux, soit qu'on la garde au niveau actuel très bas; l'épouse demandait le versement continu de la pension alimentaire pour époux, et un montant plus élevé. La Cour a conclu que l'épouse avait toujours droit aux aliments, pour des motifs tant compensatoires que non compensatoires. Le montant de la pension alimentaire pour époux a été augmenté et établi à l'extrémité inférieure de la fourchette, pour une durée illimitée. Dans ses motifs pour justifier ce résultat, la Cour d'appel a reconnu que le montant de l'ordonnance originale tenait compte de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfants. En n'imposant pas de délai, la Cour a renvoyé expressément à l'exception relative à l'invalidité et à l'exception relative à l'article 15.3. Le montant de la pension alimentaire pour époux a été établi à l'extrémité inférieure de la fourchette pour tenir compte de la durée prolongée ainsi que des obligations de l'époux à l'égard de sa nouvelle famille.

Dans l'arrêt *Gray*, la Cour d'appel s'est fondée sur une décision antérieure rendue dans l'affaire *Abernethy c. Peacock*, 2013 ONSC 2045, confirmant 2012 ONCJ 145, dans laquelle la demande de l'épouse était fortement compensatoire à la suite d'un mariage de 16 ans, et dans laquelle l'exception relative à l'article 15.3 avait été explicitement utilisée pour prolonger la durée de la pension alimentaire pour époux, après la fin de la pension alimentaire pour enfants.

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

Les onze « exceptions » figurant dans les Lignes directrices facultatives correspondent à des motifs reconnus ou à des « catégories » de motifs pour s'écarter des fourchettes établies par les formules. Mais les Lignes directrices sont informelles et facultatives, ce qui signifie qu'il est possible de s'écarter des formules, même en l'absence d'« exceptions » figurant au chapitre 12. Cette liste d'exceptions n'englobe pas tous les motifs possibles pour s'écarter des fourchettes.

Les formules des Lignes directrices facultatives ont été créées pour des cas « typiques » et les faits inhabituels d'une affaire en particulier peuvent nécessiter que l'on s'écarte des fourchettes, comme l'entente inhabituelle relative au prêt hypothécaire conclue *après* la séparation dans *S.S.V. c. G.J.V.*, 2009 NBQB 195 (l'époux achète la maison conjointement et cosigne le prêt hypothécaire); ou l'entente permanente de l'épouse de vivre avec sa mère, diminuant ainsi ses dépenses dans *Schloegl c. McCroary*, 2008 BCSC 1722 (montant en deçà de la partie inférieure

de la fourchette). On pourrait aussi imaginer des cas exceptionnels mettant généralement en cause des dépenses médicales élevées pour le payeur (limitant sa capacité de payer) ou pour le bénéficiaire (augmentant ses besoins).

Les types de facteurs qui déterminent l'emplacement dans la fourchette (LDFPAÉ, ch. 9) peuvent aussi, dans certains cas, tirer un montant à l'extérieur de celle-ci dans des circonstances extrêmes ou inhabituelles. Il suffit de penser à l'exception relative au remboursement de dettes. Ou bien, par exemple, on a récemment demandé à des employés de payer des cotisations beaucoup plus élevées à des régimes de retraite obligatoires pour combler les déficits des fonds de pension; ces cotisations peuvent être assez importantes pour que le payeur n'ait plus la capacité de payer le montant de pension alimentaire pour époux généré par les formules et qu'un montant inférieur à la fourchette soit justifié.

Il est impossible de recenser les diverses façons dont les cas de pension alimentaire pour époux peuvent être inhabituelles ou atypiques et, par conséquent, nécessiter que l'on s'écarte des fourchettes des Lignes directrices facultatives.

13 Modification et révision (LDFPAÉ chapitre 14)

(a) *Modification et révision : Cadre général*

Les Lignes directrices facultatives ne changent en rien la structure générale des règles de droit en matière de modification et de révision.

Il importe toutefois de retenir quelques points importants des règles de droit en matière de modification et de révision :

- La distinction entre une **révision** et une **modification** :

Une **modification** présuppose la présence d'un changement de situation important, alors qu'une révision s'apparente davantage à une demande initiale; les tribunaux font souvent l'erreur de confondre ces critères. Pour des décisions récentes ayant nécessité une correction en cour d'appel, voir *Marche c. Marche*, 2014 NLCA 2; *Morck c. Morck*, 2013 BCCA 186; and *Domirti c. Domirti*, 2010 BCCA 472.

Une **révision** est souvent décrite comme une audience *de novo*, mais cette définition est quelque peu trompeuse, parce que dans la foulée de l'affaire *Leskun c. Leskun*, 2006 SCC 25, les questions qui font l'objet de la révision peuvent, et devraient, être circonscrites par les modalités de la révision : voir *Westergard c. Buttress*, 2012 BCCA 38 (révision concernant seulement l'indépendance économique; pas de nouvelle évaluation) et *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496 (ordonnance autorisant la révision interprétée correctement, s'applique uniquement au montant et non au droit aux aliments; la remise en cause du droit aux aliments un an après le procès n'est pas autorisée).

- **critère du changement important** : « connu ou pris en compte », et non pas « prévisible » :

Le critère du « changement important », tel que l'a confirmé la Cour suprême du Canada dans *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, est un changement important, continu qui « s'il avait été connu à l'époque, se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes ». L'arrêt rendu dans l'affaire *L.M.P. c. L.S.* est maintenant l'arrêt-clé au sujet du critère préliminaire de la modification. Ce critère ne vise pas à déterminer si les parties auraient pu prévoir ou non le changement à l'époque où l'ordonnance précédente a été rendue. Les avocats et les juges transposent à tort le terme « prévisibilité » de la jurisprudence portant sur les ententes de pension alimentaire pour époux – d'abord *Pelech*, et maintenant *Miglin*. Certains préfèrent invoquer de nouveau le critère du « changement important » en tant que changement qui n'était pas « prévu » dans l'ordonnance initiale; toutefois, même cette façon de faire porte souvent à confusion. La meilleure approche consiste à mettre l'accent sur ce qui était « envisagé » ou « pris en considération » dans l'ordonnance initiale.

Un nombre de plus en plus grand de décisions de tribunaux supérieurs fournit une réflexion plus claire sur le critère du « changement important ». Avant l'arrêt *L.M.P.*, le juge Lambert a fourni une explication judicieuse du critère, dans *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99 :

[TRADUCTION]

[15] À mon avis, la question de ce qui constitue un changement de situation important peut varier d'une affaire à l'autre. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne la prévisibilité. Dans certaines affaires, le départ à la retraite, même s'il survient à l'âge établi par l'employeur ou dans une convention collective, peut constituer un changement de situation important, même s'il s'agit de toute évidence d'un changement prévisible.

[16] Je crois que dans chaque affaire, il faut réellement se demander si la situation en question en est une *que les parties doivent avoir examinée et intégrée dans leur entente*. Peut-être s'agit-il d'un changement que les parties étaient prêtes à ne pas prendre en considération dans l'entente en raison de sa complexité, ou pour toute autre raison, de sorte que lorsqu'il se produit, il constitue un changement de situation important, même si les parties savaient que cela devait arriver tôt ou tard. [Nous soulignons]

On retrouve de bons exposés, plus récents, sur l'application appropriée du critère du changement important dans la décision du juge Kasirer dans l'affaire *Droit de la famille – 141364*, 2016 QCCA 1144, demande d'autorisation d'appel devant la CSC rejetée [2014] SCCA N° 459, et dans *Dedes c. Dedes*, 2015 BCCA 194, dans laquelle le tribunal, dans le cadre d'une demande de modification d'une ordonnance de garde pour permettre à la mère de déménager, a déclaré, au paragraphe 25 :

[TRADUCTION]

[25] Comme il a été expliqué en détail dans *L.M.P.*, le critère du changement important est basé non pas sur ce qu'une partie savait ou pouvait raisonnablement prévoir, mais plutôt sur ce que les parties avaient *réellement* pris en considération au moment où l'ordonnance avait été établie sur l'accord des deux parties. L'une des fonctions du critère préliminaire du changement important est d'empêcher les parties de remettre en cause des questions qui avaient déjà été examinées et rejetées; dans un tel cas, une demande de modification équivaldrait à un appel de l'ordonnance originale. [Souligné dans l'original]

Dans *Goodkey c. Goodkey*, 2015 ABCA 394, la Cour d'appel de l'Alberta a judicieusement conclu qu'un juge de première instance avait commis une erreur en refusant de conclure que la fin du versement de la pension alimentaire pour enfants constituait un changement de situation important. Sa décision selon laquelle le changement aurait dû être pris en considération par les parties au moment où l'ordonnance sur consentement précédente avait été rendue est traitée rapidement par la Cour d'appel, au paragraphe 21 : [TRADUCTION] « bien que l'on pourrait dire que les deux parties pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que le versement de la pension alimentaire pour enfants prenne fin à un certain point, elles ne savaient pas à quel moment précis cela se produirait ».

Toutefois, même devant les tribunaux de juridiction supérieure, le critère du changement important continue d'être mal compris et confondu avec les concepts de prévisibilité. Dans *Morigeau c. Moorey*, 2015 BCCA 160, la cour a conclu que la nouvelle union de l'épouse ne constituait pas un changement important parce qu'il était « prévisible », lorsque l'ordonnance initiale a été rendue, qu'elle pourrait cohabiter avec son conjoint actuel, qu'elle fréquentait déjà à l'époque, ou avec quelqu'un d'autre. Dans *Hickey c. Princ*, 2015 ONSC 5596, la Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu que la retraite anticipée était « prévisible » ou « prévue », parce que sa pension de retraite avait été évaluée sur cette base et que, par conséquent, son départ à la retraite ne pouvait être un changement important. Les résultats de ces deux décisions – c'est-à-dire aucune modification – peuvent se défendre (dans *Morigeau*, l'épouse avait une demande fortement compensatoire, et dans *Hickey*, l'épouse avait une invalidité). Cependant, l'analyse problématique du « changement important » complique le règlement des affaires de modification pour les avocats et les juges.

- Lors d'une modification le tribunal doit **se limiter à la modification que justifie le changement de situation important** :

Comme l'a établi clairement la Cour suprême du Canada dans *L.M.P.*, ci-dessus, dans le paragraphe 47 du jugement, une modification n'est ni un appel ni un procès *de novo*. Les juges qui rendent des ordonnances modificatives en vertu de l'article 17 ne devraient pas soupeser l'ensemble des facteurs en vue de rendre une nouvelle ordonnance totalement distincte de l'ordonnance existante.

- Les **ordonnances sur consentement** sont maintenant régies par le critère utilisé pour la modification établi dans *L.M.P.* plutôt que par les critères établis dans l'arrêt *Miglin* :

Depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans *L.M.P.*, ci-dessus, le critère préliminaire pour la modification des ordonnances sur consentement est le même que pour les ordonnances qui n'intègrent pas d'entente, c'est-à-dire le critère du « changement important » de la situation depuis que l'ordonnance a été rendue. Une entente alimentaire au profit d'un époux ne change pas le critère préliminaire de « changement important » prévu à l'article 17. Par conséquent, le critère découlant de l'arrêt *Miglin* ne s'applique pas à la modification. Toutefois, plus les modalités de l'entente sont précises, plus les répercussions de l'entente sur l'analyse du « changement important » seront grandes, puisque les modalités indiqueront les intentions des parties et ce qu'elles ont pris en considération ou non lorsqu'elles ont établi l'entente. Les clauses de « finalité » seront prises en compte dans l'analyse relative à la modification. Dans la majorité des cas, on fait la distinction entre les clauses de finalité « générales » et « spécifiques », les premières ayant un effet moindre que les dernières.

L'autre manière de contester une ordonnance sur consentement est de demander une annulation de l'ordonnance en raison de l'invalidité de l'entente sur laquelle l'ordonnance sur consentement est fondée; voir les commentaires des juges Bastarache et Arbour dans l'arrêt *Miglin* (paragraphe 16), cité dans *L.M.P.*, au paragraphe 47.

Pour un aperçu et une analyse des règles juridiques en matière de modification et de révision, voir Rollie Thompson, « To Vary, To Review, Perchance to Change: Changing Spousal Support » (2012) 31 *Canadian Family Law Quarterly*, p. 355-382.

(b) Applicabilité des Lignes directrices facultatives à la modification et à la révision

Nous espérons en être rendus à l'étape où le « mythe » tenace selon lequel les Lignes directrices facultatives « ne s'appliquent pas » en cas de modification ou de révision a été réfuté pour de bon. Les Lignes directrices facultatives S'APPLIQUENT en cas de modification ou de révision, mais certaines complexités nouvelles ou questions relatives au droit aux aliments peuvent s'ajouter dans certains cas qui limiteraient l'application des Lignes directrices facultatives. Toutefois, dans de nombreux cas de modification et de révision, les Lignes directrices facultatives peuvent s'appliquer facilement.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commencé à mettre un peu d'ordre dans le débat entourant cette question dans *Beninger c. Beninger*, 2007 BCCA 619; la juge Prowse a fait une mise en garde : [TRADUCTION] « il faut envisager les Lignes directrices facultatives avec beaucoup de prudence dans le cadre de demandes de modifications », parce que des questions plus complexes touchant le droit aux aliments peuvent être soulevées. La juge a néanmoins reconnu que [TRADUCTION] « dans certaines situations, les Lignes directrices facultatives peuvent être utilisées dans le cadre d'une demande de modification, mais avec précaution ». Après cet avertissement, la Cour d'appel a appliqué les Lignes directrices facultatives pour déterminer le montant et la durée dans cette affaire.

Une partie de la confusion qui subsiste sur cette question découle de la déclaration malencontreuse et souvent reprise faite par la juge Lang dans son exposé général par ailleurs excellent au sujet des Lignes directrices facultatives dans *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11 : [TRADUCTION] « elles [les Lignes directrices facultatives] ne s'appliquent qu'aux ordonnances initiales de pension alimentaire, et non pas aux ordonnances de modification » (paragraphe 96). Dans la pratique, toutefois, les tribunaux de l'Ontario ont appliqué régulièrement et adéquatement les Lignes directrices facultatives dans des décisions concernant tant des modifications que des révisions, malgré les commentaires dans l'arrêt *Fisher*. Dans sa décision récente dans l'affaire *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659, la Cour d'appel de l'Ontario a expressément pris ses distances de la déclaration faite dans l'arrêt *Fisher* (et a fait remarquer, au paragraphe 43, que l'arrêt *Fisher* ne portait pas sur une affaire de modification et que la décision avait été rendue avant la publication de la version définitive des Lignes directrices facultatives); elle a aussi confirmé que les Lignes directrices facultatives s'appliquent bel et bien lors de la modification, même si, dans certains cas, il y aura [TRADUCTION] « des facteurs de complication qui doivent être pris en considération avant qu'un tribunal n'applique les Lignes directrices facultatives telles quelles » (paragraphe 45).

Voici les cas de modifications qui demandent une plus grande « prudence » en raison de facteurs de complications :

- la modification d'ordonnances rendues avant la publication des Lignes directrices facultatives ou d'ordonnances sur consentement pour lesquelles les Lignes directrices facultatives n'ont pas été appliquées;
- le revenu du payeur a augmenté après la séparation;
- le revenu du bénéficiaire a diminué après la séparation;
- l'époux bénéficiaire s'est remarié ou a formé une nouvelle union;
- des questions concernant la durée maximale et la « fin du droit aux aliments »;
- des situations de fait qui nécessitent l'utilisation d'exceptions, soit dans l'ordonnance antérieure, soit au moment de la modification;
- des cas de retraite mettant en cause des situations de double ponction et des situations de type *Boston*.

La plupart des autres situations ne posent pas problème, par exemple lorsque le revenu du payeur baisse ou celui du bénéficiaire augmente, ou lorsque le versement de la pension alimentaire pour enfants prend fin.

L'argument selon lequel les Lignes directrices facultatives ne s'appliquent pas à une révision est encore plus étonnant. Une révision s'apparente davantage à une demande initiale de pension

alimentaire. Les questions de droit aux aliments comme celles qui sont énoncées ci-dessus sont beaucoup moins fréquentes lors d'une révision que lors d'une modification. Encore une fois, avec la même prudence, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a établi, à juste titre, que les Lignes directrices facultatives s'appliquent bel et bien dans le cadre d'une révision dans sa décision rendue en 2010 dans l'affaire *Domirti : Domirti c. Domirti*, 2010 BCCA 472, paragraphes 40-41, la juge Smith.

(c) Modification d'ordonnances rendues avant la publication des LDFPAÉ ou d'ordonnances sur consentement pour lesquelles les LDFPAÉ n'ont pas été appliquées

La modification et la révision des ordonnances ou des ordonnances sur consentement qui ne sont pas basées sur les Lignes directrices facultatives soulèvent des questions particulières. Dans la grande majorité des cas, ces questions ont trait à des ordonnances anciennes, prononcées avant la publication des Lignes directrices facultatives, mais elles peuvent aussi se poser dans des ententes établies après la publication qui ne sont pas fondées sur les Lignes directrices facultatives et qui ont été intégrées à une ordonnance sur consentement. Un payeur peut tenter d'utiliser les Lignes directrices facultatives lors d'une demande de modification en vue de réduire le montant de pension alimentaire versé ou de mettre fin à l'obligation. Ou bien, un bénéficiaire peut tenter de faire appliquer les Lignes directrices facultatives afin d'augmenter le montant de pension alimentaire pour enfants ou pour au moins empêcher une autre réduction du montant.

Le simple fait que les Lignes directrices facultatives donneraient lieu à un résultat différent selon les revenus et les circonstances du moment ne constitue pas un motif pour modifier une ordonnance. Il faut établir l'existence d'un changement important. Et même si un tel changement existe bel et bien, les Lignes directrices facultatives ne s'appliquent pas automatiquement pour déterminer le résultat approprié. Le tribunal peut se fonder sur l'ordonnance ou ordonnance sur consentement antérieur plutôt que sur les Lignes directrices facultatives. Par exemple, dans deux affaires portant sur des ordonnances prononcées avant la publication des Lignes directrices facultatives où les montants prévus étaient inférieurs aux fourchettes, les demandes des payeurs en vue de modifier ce montant à la baisse en raison d'une diminution de leurs revenus ont été autorisées – les Lignes directrices facultatives n'ont pas été appliquées, et la pension alimentaire pour époux a été rajustée pour tenir compte du pourcentage de réduction du revenu du payeur : voir *Allaire c. Lavergne*, 2014 ONSC 3653, et *Thompson c. Thompson*, 2013 ONSC 7561.

La même approche a été utilisée dans des affaires où l'ordonnance alimentaire existante est plus généreuse que les Lignes directrices facultatives : voir *Krause c. Zadow*, 2014 ONCJ 475 (entente de séparation avec une clause relative aux changements importants; montant supérieur à la fourchette des Lignes directrices facultatives; fourchette non appliquée, pension alimentaire pour époux rajustée en réponse à la baisse de revenus de l'époux; le même pourcentage de distribution du RND que dans l'entente a été appliqué au revenu actuel de l'époux) et *Pustai c. Pustai*, 2014 ONCA 422 (le juge de première instance a commis une erreur en mettant fin à la pension alimentaire qui était conforme aux limites de durées obtenues par l'application des Lignes directrices facultatives et en ne tenant pas compte des modalités de l'ordonnance sur consentement qui prévoyaient la modification en cas de changement important, mais pas la cessation de la pension alimentaire pour époux).

Toutefois, dans bon nombre de cas, contrairement à l'approche adoptée dans *Allaire et Thompson*, les tribunaux ont utilisé les Lignes directrices facultatives pour conclure que le montant de pension alimentaire pour époux prévu dans l'ordonnance existante est faible (situé à l'extrémité inférieure de la fourchette ou en dessous) et, par conséquent, ont refusé d'autoriser la demande de modification présentée par un payeur en vue de réduire la pension alimentaire ou d'y mettre fin, concluant souvent qu'il n'y avait eu aucun changement important; voir *Bhandhal c. Bhandhal*, 2015 ONSC 1152; *Dunn c. Dunn*, 2014 ONSC 7277; *Rozen c. Rozen*, 2014 BCSC 3164; *Cossette c. Cossette*, 2015 ONSC 2678 (C. div.); *Berger c. Brayley*, 2014 ONSC 1597; et *Gennoe c. Gennoe* 2014 ONSC 2256.

Si une ordonnance prononcée avant la publication des Lignes directrices facultatives est considérée comme étant à peu près conforme aux Lignes directrices facultatives, celles-ci peuvent être utilisées pour établir la nouvelle ordonnance dans le cas d'une modification : voir *Misztal c. Karpynczyk*, 2012 ONSC 6474 (mariage de 23 ans, ordonnance sur consentement en 2003; le revenu de l'époux a augmenté, et celui de l'épouse a diminué; changement important, nouvelle ordonnance prévoyant un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette).

14 Changements de formule lorsqu'il est mis fin à la pension alimentaire pour enfants (LDFPAÉ 14.5)

Lorsqu'il est mis fin à la pension alimentaire pour enfants, s'il subsiste un droit aux aliments pour époux, il sera nécessaire de **changer** de formule, pour passer de la formule *avec pension alimentaire pour enfants* à la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Les changements de formules surviennent généralement dans des mariages de durée moyenne ou de longue durée avec enfants. Dans ces affaires, il y a des enfants à charge au moment de la séparation, et la pension alimentaire pour époux a au départ été déterminée selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants*. Mais après que celle-ci a pris fin, ces affaires pourraient passer à la formule *sans pension alimentaire pour enfants* dans la foulée d'une demande de révision ou de modification. Dans certains cas, le changement de formule, qui nécessite l'application de deux formules différentes, peut être pertinent pour le calcul de la pension alimentaire rétroactive.

Nous voyons maintenant de plus en plus de cas de changement de formule – ce qui n'est pas étonnant, depuis tout le temps que les Lignes directrices facultatives sont utilisées – et ces cas seront de plus en plus fréquents dans l'avenir.

Pour de bons exemples d'affaires dans lesquelles le passage d'une formule à l'autre a été explicitement reconnu et discuté, voir *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659; *Holman c. Holman*, 2015 ONCA 552; *Domingues c. Domingues*, 2013 ONSC 1639; *Abernethy c. Peacock*, 2012 ONCJ 145, confirmé en appel 2013 ONSC 2045; *Purgavie c. Purgavie*, 2012 ONSC 2268, *Maber c. Maber*, 2012 NBQB 337, *Hamden c. Hamden*, 2012 NBQB 331 et *Beck c. Beck*, 2012 NLTD(F) 34.

Les affaires de changement de formule peuvent nécessiter la détermination d'un nouveau montant ou la détermination de la durée, ou les deux. Les deux formules sont basées sur des facteurs sous-jacents différents, même s'il y a des chevauchements importants dans le cas de mariages de longue durée.

- Dans le cas des mariages de courte durée, lorsqu'il n'y a pas d'exceptions, il ne restera aucune durée après la fin de la pension alimentaire pour enfants, ce qui ne permet donc pas de passer d'une formule à l'autre.
- Dans les mariages de durée moyenne ou de longue durée, lorsqu'il est possible de changer de formule, la **durée** de la pension alimentaire sera fondée sur la durée du mariage, et restera la même pour les deux formules. Pour les mariages de moins de 20 ans, il y aura des limites de durée qui, si elles ne sont pas appliquées lors d'une demande initiale selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, peuvent maintenant être imposées; voir *Holman*, ci-dessus, *Maber*, ci-dessus, et *Handman*, ci-dessus. Pour les mariages de plus de 20 ans, la pension alimentaire peut rester « illimitée (durée non précisée) », ou être limitée dans le temps, si d'autres changements importants se produisent.

- Lorsqu'il y a un changement de formule, le **montant** de la pension alimentaire pour époux peut augmenter, diminuer ou demeurer inchangé. Pour les mariages de durée moyenne plus courts, la formule *sans pension alimentaire pour enfants* peut produire des montants plus faibles. Dans le cas des mariages de 20 ans ou plus, la fourchette de montants sera généralement plus élevée après le passage à la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Entre les deux, il y aura généralement un chevauchement considérable des fourchettes produites selon les deux formules, de sorte que le montant de la pension alimentaire pourrait demeurer inchangé, même si la durée peut changer.
- Il s'agit principalement d'affaires comportant des **demandes clairement compensatoires**, comparativement à des mariages de durée moyenne sans enfant à charge. On s'attendrait donc à ce que le montant et la durée se situent près de **l'extrémité supérieure de la fourchette**.
- Dans ces affaires, l'article **15.3 de la Loi sur le divorce et l'exception prévue dans les Lignes directrices pour compensation insuffisante** selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants* peuvent aussi être pertinents. Si le montant de la pension alimentaire pour époux était insuffisant par le passé en raison de la priorité obligatoire accordée à la pension alimentaire pour enfants, il se peut que le versement de la pension alimentaire pour époux doive se poursuivre au-delà du délai généré par la formule afin de satisfaire à la demande compensatoire du bénéficiaire. Voir la section 12.11 des Lignes directrices et l'exposé concernant cette exception sous la rubrique « Exceptions ». L'exception relative à l'article 15.3 pour une compensation inadéquate a été appliquée dans *Gray* et dans *Abernethy*, ci-dessus.

15. Les variations de revenus

Le droit de la famille évolue constamment. Les revenus des époux changent au fil du temps. Plus haut, dans la section « Les revenus », nous avons traité de la détermination du revenu aux étapes provisoire et initiale de la pension alimentaire, notamment de la définition de « revenu », du moment choisi pour calculer le revenu, de l'attribution du revenu, de l'utilisation d'autres revenus pour estimer les fourchettes et de la majoration du revenu non imposable, et nous avons donné quelques trucs et avertissements pour la détermination du revenu. Dans la présente section, nous nous concentrerons sur les répercussions que peuvent avoir les variations de revenus sur la pension alimentaire pour époux dans le contexte des Lignes directrices facultatives. La plupart de ces variations surviennent après une ordonnance ou une entente initiale, ce qui soulève ensuite des questions relatives à la modification et à la révision ou aux ententes.

Quelques mots au sujet de la terminologie : nous utilisons ici l'expression générique « après la séparation » pour parler des variations de revenus, puisqu'elle est utilisée couramment. La plupart de ces variations de revenus surviennent après qu'une ordonnance alimentaire initiale a été rendue, et sont traitées lors d'une modification ou d'une révision. Ou elles surviennent après qu'une entente a été établie, et les parties renégocient la pension alimentaire pour époux ou l'une d'elles présente une demande au tribunal. Finalement, le revenu peut varier grandement entre la date de la séparation et la date du dépôt de la demande alimentaire provisoire ou initiale au tribunal. Dans le présent chapitre sur les « variations de revenus », nous utilisons l'expression « après la séparation » dans ce sens général, plus vaste. Lorsque nous parlons du revenu antérieur, avant l'augmentation, nous utilisons l'expression « revenu initial » pour représenter ces paramètres différents.

(a) Diminution du revenu du payeur

Les formules des Lignes directrices facultatives peuvent facilement être adaptées aux situations où le revenu de l'époux payeur diminue après la séparation ou après une ordonnance ou entente initiale, puisque la fourchette des montants peut être ajustée à la baisse (voir LDFPAÉ, 14.2). Il peut y avoir des questions relatives au changement important, au sous-emploi ou au chômage volontaire, etc. Si le revenu du payeur diminue de manière considérable, la capacité de payer selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants* peut poser problème, et la fourchette obtenue être réduite à zéro, en raison de la priorité accordée à la pension alimentaire pour enfants (ce qui pourrait mener plus tard à invoquer l'exception fondée sur l'article 15.3; voir la section « Exceptions »).

Lorsque le revenu du payeur n'est pas réduit de façon permanente, le tribunal peut ajouter d'autres modalités au sujet de la divulgation de renseignements au sujet d'un nouvel emploi et des variations du revenu au bénéficiaire. Ou bien, le tribunal peut même ajouter une modalité prévoyant une révision, lorsque l'« incertitude à la fois réelle et importante » sera un rétablissement éventuel du revenu dans un avenir rapproché.

(b) Augmentation du revenu du bénéficiaire

De même, les fourchettes obtenues au moyen des formules des Lignes directrices facultatives s'ajustent facilement aux augmentations du revenu de l'époux bénéficiaire, lorsque celui-ci retourne sur le marché du travail à temps partiel ou à temps plein, ou qu'il obtient des promotions ou des hausses salariales (LDFPAÉ 14.2). Il peut s'agir d'une augmentation réelle du revenu, ou une augmentation *attribuée* si le bénéficiaire ne fait pas d'efforts raisonnables pour atteindre son indépendance économique : voir la section « L'indépendance économique », ci-après.

Comme pour la diminution du revenu du payeur, l'augmentation du revenu du bénéficiaire tirera les fourchettes de montants vers le bas, entraînant probablement une réduction du montant de pension alimentaire.

Certaines ententes et ordonnances contiendront une disposition autorisant un bénéficiaire de gagner un revenu jusqu'à concurrence d'un montant fixe, généralement assez faible, sans que sa pension alimentaire pour époux s'en trouve réduite, disposition qui sert de mesure incitative pour tenter d'atteindre l'indépendance économique. De fait, une telle disposition permet de repousser la modification, la révision ou la demande alimentaire initiale (dans le cas d'une entente), attribuant de façon implicite un revenu au bénéficiaire.

(c) Augmentation des revenus des deux parties

Au fil du temps, si les deux parties travaillent déjà, leurs revenus respectifs augmenteront probablement, surtout si elles travaillent et si leurs revenus sont établis selon une échelle salariale ou obtiennent des augmentations pour tenir compte des coûts de la vie, ou s'ils sont membres de syndicats qui mènent périodiquement des négociations collectives. Si l'augmentation du revenu est minime, les fourchettes changeront probablement très peu, et la pension alimentaire pour époux ne changera vraisemblablement pas, étant donné le chevauchement des fourchettes. Que ce soit dans le cadre d'une modification, d'une révision ou d'une demande initiale (dans le cas d'une entente), les tribunaux cherchent à préserver un maximum de stabilité dans les ordonnances de pension alimentaire pour époux; ils sont donc disposés à accepter certaines variations, parfois importantes, des revenus, sans modifier les montants.

Selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, les variations des revenus des époux qui ne changent presque pas l'*écart des revenus bruts* n'entraîneront pas une grande différence dans les fourchettes. Certains intervenants insistent sur le fait que l'on devrait continuer à utiliser le revenu initial du payeur, de manière à ce qu'il reste le même par la suite, et qu'ainsi, toute augmentation du revenu du bénéficiaire donne lieu à une réduction de la pension alimentaire pour époux, mais cette vision est simpliste. Des questions se poseront au sujet du partage de l'augmentation du revenu du payeur après la séparation lorsque cette augmentation est considérable, questions qui sont traitées dans la section suivante. Toutefois, les augmentations minimales et constantes devraient probablement être prises en considération pour les deux parties, lors du calcul des fourchettes pour quelques années après la séparation, dans l'intérêt de la stabilité, de la certitude et de la fiabilité, afin de réduire les litiges.

Dans le cas de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, comme elle est très sensible aux moindres changements du revenu net une fois déduite la pension alimentaire pour enfants, même

une variation minimale des revenus des deux parties peut entraîner une hausse remarquable de la fourchette. Cette situation traduit les limites de la capacité de payer selon cette formule, ainsi qu'une tendance à choisir un montant plus élevé à l'intérieur de la fourchette pour des motifs compensatoires et fondés sur la nécessité. Dans de tels cas, comme le démontre la nouvelle section, une augmentation du revenu du payeur après la séparation est susceptible d'être partagée en entier, et il est plus probable qu'un ajustement à la hausse soit apporté.

(d) Variation du revenu attribué

Les situations dont il a été question ci-dessus ont trait à des variations des revenus déjà déclarés et prouvés. Lorsqu'un tribunal a attribué un revenu dans le passé, l'analyse du revenu modifié sera plus compliquée. Les revenus attribués sont de plus en plus fréquents dans les affaires relatives aux Lignes directrices facultatives, puisque la détermination du revenu constitue une étape cruciale lors de l'utilisation de lignes directrices facultatives basées sur le revenu.

Dans deux affaires récentes, les tribunaux ont effectué une analyse beaucoup plus prudente lorsqu'un payeur allègue que son revenu a diminué depuis la dernière attribution, surtout lorsqu'il n'a pas participé à l'audience ou qu'il n'a pas fait de divulgation appropriée lors de la procédure précédente : voir *Trang c. Trang*, 2013 ONSC 1980, et *Power c. Power*, 2015 NSSC 234. Selon le juge Pazaratz, dans *Trang*, il convient de se poser deux questions :

1. *Pourquoi* un revenu a dû être attribué la première fois? Les circonstances ont-elles changé? Est-il encore approprié ou nécessaire d'attribuer un revenu pour obtenir un résultat équitable?
2. *Comment* le tribunal a-t-il quantifié le revenu attribué? Quels calculs ont été faits et sont-ils encore valides?

Il ne suffit pas qu'une partie se présente à l'audience suivante en disant « Voici mon revenu actuel déclaré ». D'autres éléments de preuve doivent être fournis pour montrer, toujours selon le juge Pazaratz :

- a. Qu'il n'est plus nécessaire ou approprié d'attribuer un revenu et que les observations présentées par le payeur au sujet de son revenu devraient maintenant être acceptées même si elle ne l'avait pas été auparavant;
- b. Que même s'il était encore nécessaire d'attribuer un revenu, un montant différent serait plus approprié, étant donné que les circonstances ont changé.

Il existe de nombreuses raisons d'attribuer un revenu, comme nous l'avons expliqué plus haut, dans la section « Revenus ». Si un revenu est attribué parce qu'une partie n'a pas fourni les renseignements demandés, celle-ci devra faire une divulgation complète au cours de l'audience suivante et fournir les renseignements sur son revenu actuel et sur son revenu précédent. Dans l'affaire *Power*, un revenu a été attribué en raison de la non-divulgation, mais aussi d'un revenu détourné, de dépenses déraisonnables et d'un revenu de dividendes. Le payeur a dû fournir des preuves pour les quatre motifs d'attribution, preuves qui n'étaient pas assez détaillées dans sa demande de modification (de la pension alimentaire pour enfants).

(e) Augmentation du revenu du payeur après la séparation

Bon nombre d'époux verront leurs revenus augmenter petit à petit, de façon régulière, au fil des années, grâce aux hausses salariales tenant compte de l'inflation et en raison de leur ancienneté. Si les revenus des deux époux augmentent ainsi, les fourchettes de pensions alimentaires pour époux ne changeront pas beaucoup, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, sous la rubrique « Augmentation des revenus des deux parties ». Ces petites augmentations régulières du revenu du payeur seront normalement partagées à intervalles, sans que cela ne suscite la controverse. Tout particulièrement, dans les affaires comportant un élément non compensatoire qui portent sur le versement d'une pension alimentaire à long terme ou illimitée, ces petites augmentations tiennent compte de la hausse du coût de la vie pour le bénéficiaire : pour un exemple récent de cette réflexion, voir *R.L. c. L.A.B.*, 2013 PESC 24 (demande initiale, présentée tardivement, relation de 15 ans sans enfant, droit aux aliments fondé sur des motifs uniquement non compensatoires; revenu de l'époux au moment de la séparation utilisé, avec ajustement à la hausse pour tenir compte de l'inflation, pas de partage complet de l'augmentation survenue après la séparation). Dans certains ressorts, comme l'Ontario, on a tenté de reconnaître ce type d'augmentation au moyen de l'indexation au coût de la vie pour les ordonnances de pension alimentaire pour époux.

Dans la présente rubrique, nous traitons des augmentations plus importantes du revenu du payeur. Lors d'une augmentation importante, une question difficile se pose : le payeur devrait-il partager l'augmentation de son revenu avec le bénéficiaire **en totalité, en partie ou pas du tout** dans le calcul de la pension alimentaire pour époux? La réponse pose à son tour des questions relatives au droit aux aliments et au montant. Cette question domine maintenant la jurisprudence, étant donné que les formules basées sur le revenu présentées dans les Lignes directrices facultatives sont utilisées de manière plus fréquente et à plus grande échelle. C'est aussi le signe d'un raffinement dans l'utilisation des Lignes directrices facultatives.

Cette question de l'augmentation du revenu se pose généralement à l'étape de la modification ou de la révision, après une ordonnance initiale. Aux étapes de l'ordonnance provisoire et de l'ordonnance initiale, on utilise souvent les revenus actuels des parties, comme nous l'avons expliqué plus haut dans la section « Revenus ». Cependant, comme nous l'avons fait remarquer, même au cours de ces premières étapes, la question de l'augmentation du revenu après la séparation peut parfois se poser, lorsque la hausse est considérable ou lorsqu'une longue période s'est écoulée entre le moment de la séparation et le dépôt de la demande alimentaire.

Dans les Lignes directrices facultatives, nous avons résumé cette situation dans une courte section sur le sujet :

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

Le terme « causalité » a souvent été interprété sans les mots qui le précèdent : « *un concept général de causalité* ». Il conviendrait mieux de parler plutôt d'un « **lien** » ou d'une « **connexion** » entre le mariage et l'augmentation du revenu après la séparation. C'est sans aucun doute l'approche utilisée par la plupart des tribunaux, en particulier ceux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario.

Très tôt, dans certaines affaires instruites en Alberta, notamment *Sawchuk c. Sawchuk*, 2010 ABQB 5, les tribunaux ont adopté une approche plus exigeante, en cherchant à établir une sorte de lien de « causalité » entre l'augmentation spécifique du revenu après la séparation et les contributions de l'époux bénéficiaire durant le mariage. Plus récemment, avec l'usage croissant et plus cohérent des Lignes directrices facultatives dans la province, les tribunaux ont adopté une approche moins exigeante et leurs décisions ressemblent davantage à celles qui sont rendues ailleurs au Canada. Le critère plus souple de la connexion est davantage conforme à l'évolution du droit en matière de pensions alimentaires pour époux au Canada depuis l'arrêt *Moge*, c'est-à-dire qu'il reconnaît l'existence d'une vaste gamme d'objectifs en matière de pensions alimentaires pour époux et rejette tout critère étroit de « causalité » pour établir le droit aux aliments.

Le fondement du droit aux aliments a un effet considérable sur le degré de partage des augmentations : les demandes compensatoires sont plus susceptibles d'entraîner un partage que les demandes non compensatoires, mais ce n'est pas toujours le cas. Il peut y avoir un partage – partiel, voire complet – dans les demandes non compensatoires aussi, particulièrement dans les cas de mariage de longue durée.

Il y a lieu de parler brièvement de la méthode, avant de plonger dans la jurisprudence. Les formules des Lignes directrices facultatives peuvent être utilisées pour établir les limites externes des montants de pension alimentaire. Dans chaque cas, au moins deux calculs doivent être effectués : le premier pour le revenu initial du payeur, et l'autre, pour son revenu plus élevé, plus récent. Les Lignes directrices facultatives en fournissent des exemples. Il serait également judicieux que les parties fassent des calculs à partir de revenus intermédiaires, situés entre ces deux extrémités, puisque le partage partiel est assez fréquent dans de telles situations.

La jurisprudence relative à l'augmentation du revenu après la séparation a évolué depuis les débuts des Lignes directrices facultatives. Dans *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11, la Cour d'appel de l'Ontario avait prévu un certain partage limité de l'augmentation du revenu après la séparation, en se fondant sur une moyenne des revenus des deux époux sur une période de quatre ans, y compris l'année de la séparation, au cours de laquelle le revenu de l'époux avait commencé à augmenter de façon considérable. Ce partage partiel du revenu n'avait pas été expliqué, mais il semblait tenir compte de la durée du mariage (19 ans), de la nature immédiate de l'augmentation (durant l'année de la séparation) et le fondement non compensatoire de la pension alimentaire (argument moins convaincant relatif au partage).

Dans les premières affaires instruites en Colombie-Britannique et en Ontario, une approche moins rigoureuse a été adoptée pour ce qui est du lien entre le mariage et l'augmentation de revenu après la séparation, surtout dans le cas de mariages de longue durée. Par exemple, dans *Hartshorne*, 2009 BCSC 698 (confirmée par 2010 BCCA 327), la Cour a jugé qu'il y avait [TRADUCTION] « un lien temporel sans équivoque entre le mariage et l'augmentation, sans qu'aucun changement dans la carrière de M. Hartshorne ni aucun autre événement ne puisse expliquer l'augmentation ». Au paragraphe 111, la Cour passe en revue la jurisprudence et donne un aperçu de ce qui pourrait constituer un tel « changement ». Dans *Chapman c. Chapman*, [2009] O.J. n° 5994 (C.S.J.), l'époux banquier à l'emploi d'une grande banque était passé à une autre grande banque après la séparation, qui lui offrait une meilleure rémunération incitative, mais son augmentation de revenu complète a été prise en compte en raison d'un mariage de 23 ans et de la longue carrière de l'époux dans le secteur bancaire.

À l'inverse, les premières affaires instruites en Alberta ont exigé davantage, quelque chose comme un « lien de causalité » entre l'augmentation spécifique survenue après la séparation et les *contributions* de l'époux bénéficiaire durant le mariage. Par exemple, il a été jugé dans *Sawchuk c. Sawchuk*, 2010 ABQB 5, que l'époux bénéficiaire [TRADUCTION] « doit démontrer qu'il a contribué à l'acquisition des habiletés ou compétences de l'autre, contribuant ainsi à sa capacité de gagner un revenu plus élevé ». Aucune contribution spécifique de la sorte n'a été constatée. Dans *Sawchuk*, il n'était pas suffisant que le mariage ait duré 24 ans, que la pension alimentaire ait été compensatoire, que le mari ait acquis ses compétences durant le mariage, ou qu'il ait poursuivi son travail d'électricien. Il avait changé d'employeur et travaillait de plus longues heures. Bien que la Cour ait déterminé que l'augmentation ne devait pas être partagée, elle n'avait pas utilisé les Lignes directrices facultatives, et au bout du compte, le montant figurant dans l'ordonnance était supérieur à la fourchette pour les revenus à la date de la séparation, et tenait compte d'un partage d'environ 25 p. 100 de l'augmentation. Les anciennes décisions rendues en Alberta doivent être interprétées avec prudence, puisqu'elles n'étaient pas fondées sur les Lignes directrices facultatives et, comme dans *Sawchuk*, rejetaient le partage des augmentations survenues après la séparation, mais établissaient un montant qui, en fait, tenait compte d'un partage partiel de l'augmentation; voir, par exemple, *Chalifoux c. Chalifoux*, 2008 ABCA 70.

Une affaire moins récente comme l'affaire *Sawchuk* continue d'être citée dans des cas plus récents, notamment dans la décision rendue en Ontario dans l'affaire *Thompson c. Thompson*, 2013 ONSC 5500. Dans ce jugement, le juge Chappel établit, au paragraphe 103, treize principes qui sont souvent cités dans les décisions subséquentes. Pour le dixième principe, au sous-paragraphe (i), le juge se fonde entièrement sur le critère trop rigoureux établi dans *Sawchuk*, lorsqu'il énonce ce qui suit : [TRADUCTION] « Le fait d'assumer la responsabilité principale du soin des enfants et des tâches ménagères, sans aucune preuve que cela s'est fait au détriment des de ses études et de son plan de carrière, ne sera vraisemblablement pas suffisant pour justifier l'existence du droit de profiter des augmentations du revenu après la séparation ». Cet énoncé ne reflète pas les règles juridiques générales, pas même les règles juridiques actuelles de l'Alberta. Pour des affaires de l'Alberta où une décision inverse a été rendue, voir *O'Grady c. O'Grady*, 2010 ABCA 109; *S.D.Z. c. T.W.Z.*, 2011 ABQB 496; *Mulick c. Mulick*, 2012 ABQB 592; et *Bujak c. Bujak*, 2012 ABQB 458. L'affaire *Thompson* portait sur un cas de payeur gardien puis de garde hybride, dans lequel la demande alimentaire de l'époux était non compensatoire et le revenu de l'épouse payeuse n'avait augmenté que légèrement.

Le quatrième principe énoncé dans *Thompson*, au sous-paragraphe (d), devrait être interprété avec prudence, lorsqu'il est écrit : [TRADUCTION] « L'époux bénéficiaire peut recevoir sa part des augmentations du revenu survenues après la séparation s'il peut démontrer qu'il a fait des contributions qui peuvent être liées directement à la réussite du payeur qui est survenu après la séparation. » De toute évidence, une « contribution qui peut être liée directement » à la réussite donnera lieu à un partage; par conséquent, une interprétation plus appropriée du verbe « peut » utilisé un peu avant dans la phrase serait peut-être « sera généralement autorisé à partager ». Un tel « lien direct » répond normalement au critère relatif au partage.

Le deuxième principe, établi au sous-paragraphe (b) de *Thompson*, devrait aussi être traité avec prudence, en ce qu'il suggère que la question du partage [TRADUCTION] « ne se pose normalement pas dans le cas de demandes non compensatoires ». Bien qu'il soit exact, cet énoncé ne devrait pas être surestimé. Il peut arriver, dans des demandes fortement non compensatoires,

qu'un partage important soit justifié, notamment dans des cas de mariages de longue durée dans lesquels les époux étaient interdépendants (même lorsqu'ils n'ont pas eu d'enfant) ou en cas d'invalidité. Notre vision sur ce point est beaucoup plus large que celles qui sont énoncées dans *Thompson*, dans *Black c. Black*, 2015 NBCA 63, et dans un article sur le sujet : Burke et Hunt, « Post-Separation Increases in the Payor's Income as They Bear upon Spousal Support » (2015), 35 *Canadian Family Law Quarterly* 63.

Finalement, le treizième principe énoncé dans *Thompson*, au sous-paragraphe (m), comprend un facteur à l'encontre du partage, selon lequel [TRADUCTION] « le bénéficiaire n'a pas pris de mesures raisonnables pour acquérir son indépendance économique ». La meilleure façon de traiter la question de l'indépendance économique consiste à attribuer un revenu au bénéficiaire, en tenant compte de ses compétences et de son expérience. Voir le chapitre « L'indépendance économique », ci-après.

Sur le plan pratique, dans quelles circonstances un tribunal ordonnera-t-il ou non le partage de l'augmentation? Ces cas sont complexes; ils mettent en cause une combinaison de faits et de facteurs juridiques, et le jugement final comporte un élément fortement discrétionnaire. Nous avons tenté, ci-dessous, de répertorier certains faits ou facteurs qui vont inciter un tribunal à ordonner un partage plus ou moins important, pour fournir quelques directives. En même temps, il importe de reconnaître que ces résultats sont rarement fondés sur un seul facteur.

Dans quelles circonstances le **partage complet ou important** est-il le plus probable?

- **Affaires avec pension alimentaire pour enfants** : dans la plupart de ces affaires, l'augmentation complète sera probablement partagée étant donné la nature fortement compensatoire de ces demandes, sous réserve de la capacité de payer. Les enfants profiteront bien entendu de cette augmentation, par le truchement de la pension alimentaire pour enfants, qui a la priorité. Ces affaires sont si solides, ou si évidentes, que souvent, la question n'est même pas relevée. Pour des exemples d'affaires dans lesquelles la question a été abordée, voir *Hartshorne*, ci-dessus; *Ludmer c. Ludmer*, 2013 ONSC 784 (confirmé par 2014 ONCA 827); *Remillard c. Remillard*, 2014 MBCA 101; *H.F. c. M.H.*, 2014 ONCJ 450; *Bujak c. Bujak*, 2012 ABQB 458; *A.A.M. c. R.P.K.*, 2010 ONSC 930; *S.D.Z. c. T.W.Z.*, 2012 ABQB 496; et *Judd c. Judd*, 2010 BCSC 1574 (même emploi, promotion comprise).
- **Affaires sans pension alimentaire pour enfants** : l'augmentation complète sera probablement partagée en présence d'une combinaison des facteurs suivants :
 - mariage traditionnel de longue durée; par exemple, *Campbell c. Vaughan*, 2015 NBQB 110; *Anderson c. Sansalone*, 2015 BCSC 2; *Cork c. Cork*, 2014 ONSC 2488; mariage de moyenne ou longue durée en général; par exemple, *Farnum c. Farnum*, 2010 ONCJ 378 (les deux époux ont travaillé durant un mariage de 17 ans, 2 enfants adultes); et *Mulick c. Mulick*, 2012 ABQB 592;
 - demande fortement compensatoire, basée sur le fait d'assumer la responsabilité principale de l'éducation des enfants;
 - demande fortement non compensatoire, normalement dans des mariages de longue durée;

- cas où une entente antérieure prévoit les augmentations futures du revenu, par exemple, *O’Grady c. O’Grady*, 2010 ABCA 109;
- soutien ou cohabitation pendant les études ou un programme de formation; par exemple, *Pendleton c. Pendleton*, 2010 BCSC 1167 (mariage de 10 ans, deux déménagements pour la carrière de l’époux, aucun enfant);
- le payeur conserve le même emploi ou continue de travailler dans le même domaine après la séparation; par exemple, *MacDonald c. Langley*, 2014 ONCJ 448;
- demande qui était auparavant restreinte par une capacité de payer limitée;
- revenu qui augmente peu de temps après la séparation; par exemple, *H.F. c. M.H.*, 2014 ONCJ 450.

Aucun partage ou un partage limité est probable dans les situations qui suivent :

- **Affaires sans pension alimentaire pour enfants** qui portent sur :
 - des demandes uniquement non compensatoires fondées sur la perte du niveau de vie conjugale, par exemple, *R.L. c. L.A.B.*, 2013 PESC 24 (revenu du payeur augmenté pour tenir compte de l’inflation seulement);
 - des mariages de courte et moyenne durées;
 - des changements importants de carrière ou d’emploi, par exemple *Reid c. Gillingham*, 2014 NBQB 79 (confirmé par 2015 NBCA 27)(bien que dans cette affaire, nous nous serions attendu à un partage limité, même pour des motifs non compensatoires après un mariage de longue durée); *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 976 (époux blessé, nouvelle formation de technologue en radiation, quarts de travail longs); *McDougall c. Alger*, 2013 BCSC 1925 (passé de la comptabilité au domaine des affaires, partage limité seulement, malgré le soutien passé de l’épouse à la carrière de l’époux); *Whitmore c. Whitmore*, 2012 BCSC 212; *Patton-Casse c. Casse*, 2011 ONSC 4424 (confirmé par 2012 ONCA 709)(nouvelle entreprise);
 - un travail accru ou plus difficile à l’étranger ou en région éloignée, par exemple, *Black c. Black*, 2015 NBCA 63 (mariage de 8 ans, demande non compensatoire, entreprise de construction fermée après la séparation, travaille au Nunavut; *L.A.H. c. B.D.H.*, 2014 BCPC 184; *Coghill c. Michalko*, 2010 ABQB 59 (temps supplémentaire, primes pour maintien en poste);
 - la prise de risques importants, sens aigu des affaires, par exemple, *Frank c. Linn*, 2014 SKCA 87 (augmentation découlant de la restructuration de l’entreprise, application rigoureuse du critère); *Aelbers c. Aelbers*, 2010 BCSC 1574;
 - une augmentation du revenu longtemps après la séparation.
- **Affaires avec pension alimentaire pour enfants :**
 - les affaires utilisant la formule du *payeur gardien* auxquelles les facteurs ci-dessus sont en cause; par exemple, *Thompson*, ci-dessus (mariage de 17 ans, payeur

gardien pendant une longue période, demande non compensatoire de l'époux, mais même raisonnement appliqué après le passage à la garde hybride).

(f) Diminution du revenu du bénéficiaire après la séparation

Cette question a commencé à apparaître plus fréquemment dans la jurisprudence, justifiant l'ajoute d'une section à ce Guide d'utilisation révisé. La pension alimentaire pour époux devrait-elle augmenter si le revenu du bénéficiaire diminue après la séparation? Devrait-on utiliser le revenu actuel (réduit) du bénéficiaire pour le calcul de la fourchette, ou le revenu plus élevé au moment de la séparation? Bien souvent la question de la diminution du revenu d'un bénéficiaire après la séparation se pose lors d'une modification ou d'une révision, mais elle peut aussi se poser lors de la demande initiale.

Il s'agit de la question inverse de celle de l'augmentation du revenu du payeur que nous avons exposée dans la rubrique précédente, et soulève des questions similaires en ce qui a trait au droit aux aliments. Ici encore, le critère à appliquer en est un général de « lien » ou de « connexion » au mariage ou à la relation. Comme nous le verrons, des problèmes d'invalidité viennent souvent compliquer l'analyse.

Dans bon nombre de cas, le bénéficiaire quitte son emploi ou devient volontairement sous-employé après la séparation. Dans de telles situations, un tribunal attribue tout simplement au bénéficiaire son revenu précédant la séparation et détermine ensuite la fourchette : *Wright c. Lavoie*, 2014 ONSC 6690 (épouse perd son emploi après la séparation en raison de sa mauvaise conduite); *Hutchen c. Hutchen*, 2014 BCSC 729 (l'épouse quitte son emploi, déménage aux États-Unis pour son nouveau conjoint, accepte l'attribution de son revenu précédent); *McDougall c. Alger*, 2013 BCSC 1925 (l'épouse quitte son emploi, entreprise infructueuse). Ou bien, un tribunal peut attribuer un montant intermédiaire, comme c'est le cas dans *Abernethy c. Peacock*, 2012 ONCJ 145 (confirmé par 2013 ONSC 2045) (le déménagement de l'épouse à London, en Ontario, était une erreur, mais raisonnable, salaire minimum attribué, mariage traditionnel de 13 ans).

Il existe des situations de fait dans laquelle la pension alimentaire peut augmenter, ou même être rétablie : lorsque le bénéficiaire subit un désavantage compensatoire important en raison des rôles assumés pendant le mariage, trouve un emploi avant ou peu de temps après la séparation, puis perd son emploi par la suite, parce qu'il est le dernier arrivé. Le manque d'ancienneté du bénéficiaire traduit son entrée tardive sur le marché du travail. Ces affaires ne sont pas nombreuses.

Lorsque la perte d'emploi du bénéficiaire après la séparation est involontaire, des questions concernant le lien avec le mariage peuvent se poser, obligeant le tribunal à tenir compte de divers facteurs, comme le fondement du droit aux aliments et la période qui s'est écoulée depuis la séparation; *Rezel c. Rezel*, [2007] O.J. n° 1460 (C.S.J.) (demande initiale, mariage de 5 ans sans enfant, les deux époux avaient un emploi au moment de la séparation; l'épouse perd son emploi 6 ans après la séparation et demande une pension alimentaire pour époux; pas de droit aux aliments), et *Lawder c. Windsor*, 2013 ONSC 5948 (mariage de 16 ans, sans enfant, l'épouse a atteint son indépendance économique 16 ans après la séparation, puis perd son emploi, n'a plus droit aux aliments, fin de la pension alimentaire).

Plus souvent, le bénéficiaire subit une diminution importante de son revenu après la séparation en raison d'une maladie ou d'une invalidité. Il est difficile de séparer la diminution du revenu après la séparation des questions plus dominantes relatives à l'invalidité : voir le chapitre « Les exceptions ». L'un des cas types sur cette question est *Fyfe c. Jouppien*, 2011 ONSC 5462, une affaire de payeur gardien dans laquelle l'époux est tombé malade après la séparation et avait droit aux aliments, mais l'épouse n'avait aucune capacité de payer. Dans cette décision, le juge Chappel a énoncé, au paragraphe 54, six principes utiles qui peuvent s'appliquer aux demandes non compensatoires qui peuvent survenir après la séparation. On trouve, au cœur de cette analyse, la mutualité et l'interdépendance durant le mariage et après la séparation, la période écoulée entre le moment de la séparation et l'apparition de l'invalidité ou de la nécessité, ainsi que la durée de la relation. Lorsqu'une invalidité survient après la séparation, des arguments seront présentés au sujet du droit aux aliments, et différents résultats peuvent découler de l'équilibre entre tous ces facteurs : *M.E.K. c. M.K.K.*, 2014 BCSC 2037 (droit aux aliments), *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 976 (droit aux aliments, mais le tribunal reconnaît que certains pourraient ne pas être d'accord) ou *Peters c. Peters*, 2015 ONSC 4006 (aucun droit aux aliments, mais il aurait pu y en avoir un selon les faits).

Souvent, le tribunal conclura à l'existence du droit aux aliments en raison de l'invalidité du bénéficiaire survenue après la séparation, et ordonnera le versement d'une pension alimentaire pour époux, mais parfois, le montant sera inférieur à la fourchette obtenue au moyen des formules des Lignes directrices facultatives : *G.W.C. c. K.C.C.*, 2015 BCSC 1802 (mariage traditionnel de 19 ans, l'épouse travaillait au moment de la séparation, a été victime d'accidents par la suite, pension alimentaire non compensatoire basée sur le revenu de l'époux au moment de la séparation, 9 ans plus tôt); *Tscherner c. Farrell*, 2014 ONSC 976 (mariage de 19 ans, l'épouse a été victime d'un accident après la séparation, montant inférieur à la fourchette, puisque le besoin n'était pas lié au mariage); *Fuerst c. Fuerst*, 2014 ONSC 1506 (l'épouse a subi une opération chirurgicale pour traiter un cancer, son revenu est passé de 35 000 \$ à 22 256 \$, extrémité inférieure de la fourchette, après une cohabitation et un mariage de 28 ans); *Firth c. Firth*, 2012 BCSC 857 (problèmes médicaux de l'épouse, un « vestige de lien » subsiste, demande tardive, montant minime, montant forfaitaire de 10 000 \$). Dans *Soschin c. Tabatchnik*, 2013 ONSC 1707, après une relation de 11 ans, sans enfant, un montant forfaitaire de 40 000 \$ a été accordé, malgré une entente de règlement finale, après que l'épouse a éprouvé de graves problèmes de santé mentale après la séparation. Pour établir le montant forfaitaire, le juge Mackinnon a examiné divers scénarios et calculs selon les Lignes directrices facultatives.

Comme pour l'augmentation du revenu du payeur après la séparation, il serait judicieux de préparer d'autres hypothèses de calculs dans cette situation également. Les limites externes du débat seront déterminées par les calculs fondés sur le revenu initial d'une part, et les revenus actuels d'autre part.

(g) Les demandes tardives

Une autre sous-catégorie de cas inhabituels est apparue récemment : des affaires dans lesquelles le bénéficiaire présente une demande initiale de pension alimentaire pour époux longtemps après la séparation. Dans certains cas, le bénéficiaire tarde à présenter une demande en raison d'une invalidité après la séparation ce qui soulève les questions difficiles mentionnées dans la rubrique précédente. Dans d'autres cas, diverses raisons peuvent expliquer le délai, raisons qui sont parfois

acceptées et parfois ne le sont pas. Les demandes de pension alimentaire rétroactive présentées après de longues périodes sont souvent rejetées, au moins en partie, et sont traitées plus en détail ci-après, au chapitre « La pension alimentaire pour époux rétroactive ». La présente section porte sur les demandes de pension alimentaire future.

Dans une affaire moins récente, *Van Rythoven c. Van Rythoven*, [2009] O.J. n° 3648 (confirmé par 2010 ONSC 5923 (Cour div.)), le tribunal a conclu que les Lignes directrices facultatives étaient [TRADUCTION]« peu utiles » pour résoudre une demande tardive; l'épouse invalide avait présenté une demande de pension alimentaire 13 ans après la fin de sa pension alimentaire à durée limitée (le tribunal a finalement rendu une ordonnance prévoyant un montant de pension alimentaire situé à l'extrémité supérieure de la fourchette en se fondant sur les revenus actuels des époux).

Les demandes tardives peuvent soulever des questions relatives au droit des aliments, surtout si le délai est assez long : voir *Howe c. Howe*, 2012 ONSC 2736 (demande présentée 24 ans après la fin d'un mariage de 13 ans, entente prévoyant le partage inégal des biens, autres questions, aucun droit aux aliments).

Si le droit aux aliments est établi, les Lignes directrices facultatives *sont* quelque peu utiles dans les demandes tardives. Cependant, les demandes tardives posent des questions épineuses en ce qui concerne les revenus : quels revenus doivent être utilisés pour les époux après un long délai? Au fil du temps, les revenus du payeur et du bénéficiaire vont changer. Si le délai est long et que la demande est non compensatoire, il peut être approprié d'utiliser le revenu à la date de la séparation. D'un autre côté, si la demande est compensatoire, les revenus actuels peuvent être plus appropriés. Encore une fois, il serait judicieux de faire les deux séries de calculs, en plus de quelques autres, pour tenir compte des variations des revenus des époux pendant le délai. Malheureusement, ces questions relatives aux revenus sont souvent négligées dans les décisions.

Dans *Quackenbush c. Quackenbush*, 2013 ONSC 7547, la juge Mackinnon a pris en compte les calculs des Lignes directrices facultatives, mais elle a ordonné le versement d'un montant de 300 \$ par mois à l'épouse invalide au titre de la pension alimentaire pour époux, soit environ la moitié du montant situé à l'extrémité inférieure de la fourchette. Le mariage avait duré 19 ans, mais les parties s'étaient séparées en 1990, et la demande avait été déposée en 2001. Le délai très long justifiait le montant minime, selon la Cour. La décision ne contenait aucun renseignement au sujet du revenu du payeur au moment de la séparation.

Dans *Dingle c. Dingle*, 2010 ONCJ 731, une autre affaire de demande tardive mettant en cause un bénéficiaire invalide, le tribunal a utilisé les revenus actuels des épouses et a ordonné le versement d'un montant de pension alimentaire pour époux situé à l'extrémité supérieure de la fourchette, malgré un délai de 7,5 ans, après un mariage de 9 ans et une longue procédure d'ÉEROA. Voir également *G.W.C. c. K.C.C.*, 2015 BCSC 1802 (délai de 9 ans, revenu du payeur à la date de la séparation utilisé, diminution du revenu de l'épouse bénéficiaire après la séparation); et *Firth c. Firth*, 2012 BCSC 857.

Les demandes tardives peuvent aussi soulever des questions difficiles concernant la durée future, selon la décision rendue au sujet d'une éventuelle pension alimentaire rétroactive.

16 Le remariage ou la nouvelle union de l'époux bénéficiaire (LDFPAÉ 14.7)

La question du remariage ou d'une nouvelle union du bénéficiaire sera le plus souvent soulevée dans le cadre d'une modification ou d'une révision, mais elle peut l'être aussi, dans certains cas, lors d'une demande initiale.

Si une demande de modification est fondée sur le remariage ou la nouvelle union du bénéficiaire, le seuil initial de **changement de situation important** doit être respecté. Dans certains cas, la question de savoir si la nouvelle union a été « prévue », c'est-à-dire « prise en considération » dans l'ordonnance ou l'entente précédente, peut se poser. Toutefois, comme il a été exposé dans la section « Modification et révision », ci-dessus, certains tribunaux continuent de mal appliquer ce critère; par exemple, dans *Morigeau c. Moorey*, 2015 BCCA 160, le tribunal a conclu que la nouvelle union de l'épouse était « prévisible » et, par conséquent, ne constituait pas un « changement important », parce qu'elle fréquentait son nouveau partenaire au moment où l'ordonnance précédente avait été rendue (mais elle n'habitait pas avec lui).

Selon le droit actuel, le remariage ou une nouvelle union du bénéficiaire n'entraîne pas automatiquement l'annulation de la pension alimentaire pour époux, mais il peut souvent mener à une diminution et parfois à une annulation. Cela dépend beaucoup du caractère compensatoire ou non compensatoire de la pension alimentaire, de la durée du premier mariage, de l'âge du bénéficiaire, de la durée et de la stabilité de la nouvelle union, ainsi que du niveau de vie de son nouveau ménage.

Parmi les causes portées en appel, plusieurs décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont porté sur cette question; voir *Zacharias c. Zacharias*, 2015 BCCA 376 (mariage traditionnel de 29 ans, droit continu aux aliments pour des motifs compensatoires, pension alimentaire pour époux réduite de moitié, mais pas annulée); *Morigeau c. Moorey*, ci-dessus (ordonnance principalement compensatoire, donc aucun changement important); *Lee c. Lee*, 2014 BCCA 383 (mariage de 20 ans, aucun enfant, l'époux demande une pension alimentaire, écart important entre les revenus, sa nouvelle partenaire a un revenu similaire à celui de son épouse; il a donc droit à une pension alimentaire transitoire pour une courte période, soit un an). Dans l'affaire *Zacharias*, la Cour d'appel a fait une mise en garde à propos de la difficulté de séparer clairement les éléments compensatoires des éléments non compensatoires de la pension alimentaire pour époux après un mariage de longue durée. La Cour d'appel a rejeté le raisonnement suivi par le juge de première instance, qui avait déterminé que la moitié de l'ordonnance initiale était compensatoire, et l'autre moitié, non compensatoire, réduisant ainsi de moitié la pension alimentaire pour époux en raison du remariage de l'épouse. La Cour d'appel a néanmoins maintenu ce résultat, mais pour des raisons différentes : après avoir comparé l'ordonnance alimentaire rendue par le juge de première instance avec la fourchette obtenue en appliquant les Lignes directrices facultatives si le revenu du nouvel époux était inclus dans le revenu de l'épouse, il a conclu que le montant se situait au milieu de la fourchette.

Pour des décisions récentes rendues par des tribunaux de première instance qui contiennent des exposés intéressants sur la question, voir *Rozen c. Rozen*, 2014 BCSC 3164 (mariage de 23 ans; demande clairement compensatoire, donc nouvelle union non pertinente, mais l'ordonnance datée, et le montant de pension alimentaire pour époux versé par l'époux est insuffisant comparativement au montant des Lignes directrices facultatives); *Hutchen c. Hutchen*, 2014 BCSC 729 (mariage de 17 ans, demande compensatoire non complète, la relation de l'épouse est très récente, révision dans 2 ans); *Landry c. Mallette*, 2014 ONSC 5111 (l'époux prend sa retraite; l'exception fondée sur les besoins de type *Boston* ne s'applique pas, parce que le revenu du nouveau partenaire répond aux besoins de l'épouse, la nouvelle relation est plus permanente à ce moment-ci); *Cramer c. Cramer*, 2013 ONSC 4182 (l'époux a la garde des enfants, le renoncement à la pension alimentaire pour époux convenu dans l'entente de séparation est annulé au moyen de l'analyse fondée sur l'arrêt *Miglin*, l'épouse a droit à une pension alimentaire pour époux régulière pour des motifs compensatoires, mais le montant est réduit à 2 \$ parce qu'elle est maintenant dans une nouvelle union et qu'elle n'en a pas besoin actuellement, le niveau de vie du ménage de l'épouse est plus élevé que celui de l'époux; le montant pourrait être augmenté si la nouvelle union devait se terminer); *Boland c. Boland*, 2012 ONCJ 102 (mariage d'une durée de 20 ans, la pension alimentaire pour époux passe de la partie supérieure au milieu de la fourchette, en raison de la cohabitation de l'épouse, demande clairement compensatoire, la nouvelle relation de l'épouse lui procure un avantage limité, décision bien réfléchie, bon examen des principes) et *Bockhold c. Bockhold*, 2010 BCSC 214 (droit continu à une pension alimentaire compensatoire malgré le remariage de l'épouse.

Au moment de la rédaction des Lignes directrices facultatives, nous avons conclu que les résultats de ces affaires n'étaient pas assez prévisibles pour élaborer une formule. Dans *Colley c. Colley*, 2013 ONSC 5666, le juge Quinn déplore cette absence :

[TRADUCTION] 74. Toutefois, il est malheureux que les Lignes directrices facultatives ne renferment aucune formule qui tienne compte du remariage ou de la nouvelle union d'un époux bénéficiaire. (La lecture des affaires portant sur les nouvelles unions n'est pas satisfaisante à cet égard et inutile, sauf pour ce qui est de l'exposition de principes généraux. J'aurais besoin d'une orientation plus précise dans ce domaine et je me contenterais d'un peu moins de souplesse si cela permettait d'accroître la prévisibilité.)

À mesure que la jurisprudence sur la question augmente, il pourrait être possible, plus tard, de réexaminer la question d'une formule pour les cas de nouvelle union.

En attendant, même si les Lignes directrices facultatives ne prévoient pas de rajustement fondé sur une formule pour tenir compte du remariage ou d'une nouvelle union de l'époux bénéficiaire, cela ne signifie pas qu'elles ne sont pas pertinentes dans de tels cas. Dans *Rémillard c. Rémillard*, 2014 MBCA 30, la Cour d'appel du Manitoba a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les Lignes directrices facultatives n'étaient pas pertinentes en raison du remariage de l'épouse. La Cour a déclaré, au paragraphe 89, que [TRADUCTION] « même dans le cas d'une nouvelle union, les Lignes directrices facultatives peuvent s'avérer utiles pour établir de manière décisive le caractère raisonnable de la pension alimentaire ». La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a adopté une approche similaire dans l'affaire *Zacharias*, ci-dessus, en déclarant, au paragraphe 62 :

[TRADUCTION] Les lignes directrices sur les pensions alimentaires pour époux ne sont pas applicables directement en l'espèce, puisque la demande de modification met en cause une nouvelle union. Cela étant,

elles fournissent quelques indications quant aux montants de pension alimentaire qui sont raisonnables à des niveaux de revenus donnés, et peuvent ainsi aider indirectement à établir un montant de pension alimentaire.

Dans les cas où il est établi qu'un rajustement de la pension alimentaire pour époux est nécessaire en raison du remariage ou de la nouvelle union du bénéficiaire, les fourchettes des Lignes directrices facultatives peuvent également servir de point de départ pour une analyse discrétionnaire.

- L'affaire la plus intéressante de remariage parmi les plus anciennes est *M. (K.A.) c. M. (P.K.)*, 2008 BCSC 93, parce que le juge Barrow a essayé d'élaborer une formule pour tenter de réduire la pension alimentaire pour époux de 10 p. 100 par année jusqu'à son expiration 10 ans plus tard, après un mariage traditionnel de 21 ans. Une approche similaire a été adoptée dans *Bishop c. McKinney*, 2015 ONSC 5565 (ordonnance provisoire, mariage de 20 ans, l'épouse s'est remariée 10 ans après la séparation; la pension alimentaire pour époux a été réduite de 20 p. 100 par année jusqu'à son expiration 5 ans plus tard).
- **Les ordonnances dégressives** constituent une solution assez fréquente dans ces situations, même si elles ne sont pas fondées sur une formule : voir *Colley*, ci-dessus (mariage de 23 ans, nouvelle union de l'épouse 13 ans après la séparation, ordonnance dégressive en-dessous de la fourchette des Lignes directrices facultatives, mais la pension alimentaire n'est pas annulée); *Balazsy c. Balazsy*, [2009] O.J. n° 4113 (S.C.J.) et *C.L.M. c. R.A.M.*, 2008 BCSC 217.
- Dans certains cas, une solution pour tenir compte du remariage ou de la nouvelle union consistera à se baser sur **l'emplacement du montant à l'intérieur de la fourchette** de montants, c'est-à-dire établir un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette; voir *Boland*, ci-dessus (la pension alimentaire pour époux passe de la partie supérieure au milieu de la fourchette, en raison de la cohabitation de l'épouse, demande clairement compensatoire, la nouvelle relation de l'épouse lui procure un avantage limité et *Macey c. Macey*, 2013 ONSC 462 (mariage de 16 ans, formule *avec pension alimentaire pour enfants*, partie inférieure de la fourchette pour tenir compte de la nouvelle union de l'épouse, cotisations obligatoires de l'époux à un régime de retraite et dépenses prévues à l'article 7).
- Une autre solution consiste à réduire la pension alimentaire pour époux **en dessous de la fourchette**. C'est l'approche qu'a adoptée la Cour d'appel du Manitoba dans *Rémillard* ci-dessus (mariage de 11 ans, enfant ayant des besoins spéciaux, montant réduit de 1 000 \$, en dessous du point milieu de la fourchette, pour tenir compte du remariage de l'épouse). Voir aussi *Watkins c. Watkins*, 2013 BCSC 1983 (mariage traditionnel de 23 ans, montant réduit de moitié, conclusion discutable selon laquelle le montant était largement non compensatoire); *Mayer c. Mayer*, 2013 ONSC 7099 (relation de 9 ans, avec enfants, formule *avec pension alimentaire pour enfants*, garde partagée, en dessous de la fourchette et durée établie à 4 ans pour tenir compte des contributions du nouveau partenaire de l'épouse); *Driscoll c. Driscoll*, [2009] O.J. n° 5056 (C.S.J.); *Rakose c. Rakose*, 2008 BCSC 1165; *Coolen c. Coolen*, 2005 NSSC 78.

- Une autre solution consiste à **tenir compte d'une partie du revenu du nouvel époux ou nouveau partenaire** dans le calcul du revenu du bénéficiaire avant d'appliquer les formules des Lignes directrices facultatives. C'est l'approche qu'a utilisée la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Zacharias*, ci-dessus, pour déterminer le caractère raisonnable de la décision du juge de première instance de réduire de moitié le montant de la pension alimentaire pour époux – si la totalité du revenu du nouvel époux avait été inclus, le montant obtenu se situait au milieu de la fourchette des Lignes directrices facultatives. Voir aussi *Politis c. Politis*, 2015 ONSC 5997 (ordonnance provisoire, le besoin de l'épouse, établi selon son budget, a été réduit de moitié en raison de la contribution du nouveau partenaire au ménage; montant établi en dessous de la fourchette des Lignes directrices facultatives).
- Dans certains cas, le remariage ou la nouvelle union entraînera **l'annulation** de la pension alimentaire pour époux, soit immédiatement, soit à une date ultérieure; voir *Lee*, ci-dessus, *M.(K.A.) c. M.(P.K)*, ci-dessus; *Bishop c. McKinney*, ci-dessus; *Lalonde c. Lalonde*, 2014 ONSC 4925, (mariage de 25 ans, annulation après 10 ans, la nouvelle union de l'épouse est un facteur); *A.M.F. c. D.F.*, 2013 BCPC 60 (discussion au sujet de l'incidence du remariage sur la durée selon la formule *avec pension alimentaire pour enfants*); *Mayer*, ci-dessus; et *Redpath c. Redpath*, 2008 BCSC 68, confirmé en appel 2009 BCCA 168 (le nouvel époux a un revenu plus élevé que le payeur).

17 Les nouvelles familles, ou l'arrivée de nouveaux enfants (LDFPAÉ 14.8)

Souvent, un payeur fera valoir qu'une deuxième ou une nouvelle famille signifie qu'un rajustement à la baisse devrait être fait à la pension alimentaire pour époux. Le droit des pensions alimentaires pour époux n'a toujours pas réglé la question de savoir si un rajustement est justifié et, le cas échéant, dans quelles circonstances. Étant donné l'état du droit, il ne faut pas s'étonner que les Lignes directrices facultatives ne proposent aucune formule. Nous devons encore attendre que le droit évolue en la matière.

Dans le cadre de la pension alimentaire pour enfants, les questions relatives à l'arrivée de nouveaux enfants sont traitées aux termes de l'article 10 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, portant sur les difficultés excessives, un critère exigeant et discrétionnaire, sans aucune politique claire pour le règlement des conflits. Les conflits se compliquent encore lorsque l'on doit trouver un équilibre entre les pensions alimentaires à verser à l'ex-époux et aux enfants issus de la nouvelle union. **Le principe selon lequel « la première famille vient en premier » reste très présent dans la jurisprudence et constitue encore, dans ces situations, l'approche la plus fréquente pour déterminer l'équilibre entre les familles.** Les obligations de l'époux payeur à l'égard de ses enfants et de l'autre époux du premier mariage ou de la première union l'emportent sur toutes les autres obligations auxquelles il serait tenu, mais il ne s'agit pas d'un principe absolu.

On peut trouver l'analyse la plus détaillée sur cette question dans la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11. En se basant sur les faits, le juge Lang a adopté une approche fondée sur le principe selon lequel « la première famille vient en premier », mais a souligné que de telles obligations [TRADUCTION] « doivent être prises dans leur contexte ». Dans l'arrêt *Fisher*, il s'agissait d'un mauvais contexte pour l'époux, peut-être la plus faible demande relative à une seconde famille que l'on puisse imaginer : une union très rapide après la séparation; deux enfants de la nouvelle épouse plutôt que deux enfants biologiques, une pension alimentaire versée par le père de ces deux enfants, une nouvelle épouse qui pouvait recouvrer le droit d'exercer comme physiothérapeute, mais qui a préféré rester au foyer, et le revenu de l'époux était assez élevé pour que la pension alimentaire versée à sa première épouse n'appauvrisse pas sa nouvelle famille.

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

Deux décisions subséquentes rendues par des cours d'appel, *B.V. c. P.V.*, 2012 ONCA 262, et *Shukalkin c. Shukalkin*, 2012 ABCA 274 ont approuvé le principe selon lequel « la première

famille vient en premier » et ont confirmé les décisions des tribunaux inférieurs qui refusaient de réduire la pension alimentaire pour époux en raison d'obligations envers la nouvelle famille. Comme dans *Fisher*, ces affaires comportaient des faits faibles; les deux mettaient en cause des demandes fortement compensatoires, des payeurs ayant des moyens financiers décents et aucune preuve que la capacité du payeur de subvenir aux besoins d'un nouvel enfant était affectée. Bon nombre de tribunaux de première instance ont aussi appliqué le principe selon lequel « la première famille vient en premier » : voir *Johal c. Johal*, 2014 ONSC 6; *Fiddler c. Fiddler*, 2014 ONSC 4068; *Bhandal c. Bhandal*, 2015 ONSC 1152; *Cotton c. Cotton*, 2015 ONSC 2703; *Kershaw c. Kershaw*, 2015 BCSC 925; et *Heath c. Heath*, 2012 SKQB 436.

Parmi les décisions de première instance, l'affaire *Kontogiannis c. Langridge*, 2009 BCSC 1545 offre un des rares exemples d'un cas où les considérations générales de l'arrêt *Fisher* ont été utilisées et dans lequel la pension alimentaire pour époux a été réduite en raison d'obligations à l'égard d'un nouvel enfant (union de fait de 11 ans, aucune demande compensatoire, le conjoint n'était plus tenu de verser des aliments pour la fille de 20 ans de sa conjointe, nouvelle union du conjoint, nouvel enfant, pension alimentaire pour époux réduite à 600 \$/mois, en deçà de l'extrémité inférieure de la fourchette de 1034 \$/mois en raison du nouvel enfant). **Les Lignes directrices facultatives peuvent aider à déterminer le montant d'un écart à la baisse dans le cas de l'arrivée d'un « nouvel enfant », en ajustant la fourchette en fonction d'un montant théorique de pension alimentaire pour enfants de la même façon que pour une obligation alimentaire envers un enfant « précédent ».** Dans l'arrêt *Kontogiannis*, cela aurait réduit le montant se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette à environ 770 \$ par mois, ce qui laisse entendre que le juge a pu intuitivement augmenter l'ajustement pour tenir compte du nouvel enfant.

Même si elles ne justifient pas une « réduction » explicite de la pension alimentaire pour époux, **les obligations envers une nouvelle famille peuvent être un facteur dans le choix de l'emplacement du montant dans la fourchette**, ce qui donne lieu à un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette; voir *Gray c. Gray*, 2014 ONCA 659 (partie inférieure de la fourchette en raison de la nouvelle famille de l'époux, et prolongement de la durée au-delà de la fourchette de durées en raison d'une invalidité et d'une compensation inadéquate); et *Fiddler c. Fiddler*, 2014 ONSC 4068 (principe de « la première famille vient en premier », mais partie inférieure de la fourchette, ordonnance provisoire). Ces obligations peuvent aussi avoir une incidence dans la **détermination de la durée et la fin de la pension alimentaire**; voir *Beauchamp c. Beauchamp*, 2012 ONSC 344 (l'époux s'est remarié et a 5 nouveaux enfants; facteur justifiant la fin de la pension alimentaire 29 ans après un mariage de 14 ans).

Il importe de se rappeler que **dans certains cas, la nouvelle union du payeur peut entraîner un avantage financier en raison du partage des dépenses**, et cela peut donner lieu à une augmentation de la pension alimentaire pour époux; voir *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39 (retraite anticipée, exception fondée sur *Boston*, il faut aussi tenir compte de l'effet de la nouvelle union et du partage des dépenses sur les finances du payeur) et *Bell c. Bell*, 2013 BCSC 271 (le tribunal refuse d'inclure le revenu de la nouvelle conjointe de l'époux dans le revenu de celui-ci, mais prend en compte le revenu de la nouvelle conjointe en tant que contribution aux dépenses du ménage et accorde un montant bien au-delà de la fourchette). Ces deux affaires portaient sur des mariages traditionnels de longue durée et des époux plus âgés où le revenu de l'époux payeur avait été réduit à la suite d'un départ à la retraite ou de problèmes de santé.

18 L'indépendance économique (LDFPAÉ, chapitre 13)

La question de l'indépendance économique se pose dans presque tous les cas de pension alimentaire pour époux, à l'exception des cas dans lesquels le bénéficiaire est invalide ou âgé. La jurisprudence renvoie constamment à l'alinéa 15.2(6)d) de la *Loi sur le divorce*, au quatrième objectif : « à favoriser, dans la mesure du possible, l'indépendance économique de [chaque époux] dans un délai raisonnable ».

L'indépendance économique n'est pas à proprement parler une « question relative aux Lignes directrices facultatives ». **L'indépendance économique requiert une détermination personnalisée** de la position et des perspectives d'avenir du bénéficiaire, un exercice qui se prête mal à l'application des Lignes directrices facultatives. Cette détermination nécessite une analyse minutieuse de *cette relation particulière, ce payeur et ce bénéficiaire à ce moment précis*. Le droit en matière d'indépendance économique est décrit au chapitre 13 des Lignes directrices facultatives, et il y a peu de choses à ajouter ici. Nous offrons quelques nouveaux cas, mais il ne s'agit que d'exemples, puisque la jurisprudence en la matière est considérable, avec environ 260 décisions publiées chaque année dans lesquelles l'indépendance économique est traitée.

Dans *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, la Cour suprême du Canada a déclaré que l'indépendance économique ne constitue qu'un des quatre objectifs énoncés au paragraphe 15.2(6) de la *Loi sur le divorce*, qui plus est un objectif restreint. Il n'existe aucune « obligation » pour un ex-époux d'atteindre l'indépendance économique.

Il importe de souligner dès le départ que l'« indépendance économique » peut avoir différentes significations dans différents contextes. Ces sens différents peuvent causer de la confusion lors de l'analyse. Parfois, il s'agit simplement d'une conclusion au sujet du droit aux aliments et du résultat, par exemple, la pension alimentaire doit prendre fin et le bénéficiaire devra atteindre l'indépendance économique en utilisant uniquement ses propres ressources. D'autres fois, l'objectif est utilisé dans le cadre de l'analyse du fondement compensatoire, par exemple, lorsque le bénéficiaire a réussi à surmonter son désavantage économique et est revenu au point où il aurait dû être sur le marché du travail. Parfois encore, il peut être utilisé dans des cas où il n'y a pas de fondement compensatoire, par exemple lorsque le bénéficiaire est maintenant capable de subvenir à ses besoins et maintenir le niveau de vie désiré. Pour un excellent examen de l'indépendance économique et de ses différentes significations, voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11.

L'« indépendance économique » comporte deux questions centrales que nous nous proposons d'examiner :

- premièrement, le bénéficiaire fait-il ou a-t-il fait des efforts raisonnables pour atteindre l'indépendance économique, et les manières d'encourager ses efforts;
- deuxièmement, le bénéficiaire a-t-il ou non atteint un niveau de revenu qui lui permet d'être indépendant, de sorte la pension alimentaire pour époux puisse prendre fin.

(a) Efforts raisonnables pour atteindre l'indépendance économique

L'arrêt *Moge* nous a tous rappelé certaines leçons importantes sur l'indépendance économique : les tribunaux doivent être réalistes au sujet de l'indépendance économique; les tribunaux ne doivent pas sous-estimer les désavantages des bénéficiaires qui retournent sur le marché du travail; et les tribunaux ne devraient pas être trop prompts à « estimer » ou à « prédire » que les bénéficiaires atteindront l'indépendance économique. Des décisions rendues récemment par des cours d'appel ont démontré cette approche flexible à l'égard de l'indépendance économique : voir *Remillard c. Remillard*, 2014 MBCA 304 (le juge de première instance avait fixé un délai de 5 ans et a attribué un revenu après 11 ans de mariage, avec un enfant ayant des besoins spéciaux; la décision a été annulée en appel; le juge de première instance a trop mis l'accent sur l'indépendance économique, il était irréaliste de s'attendre à ce que l'épouse ait un emploi ou atteigne l'indépendance économique dans un délai de 5 ans); *Reisman c. Reisman*, 2014 ONCA 109 (mariage de 20 ans, efforts insuffisants de l'épouse, le juge de première instance ordonne un montant situé dans la partie inférieure de la fourchette, revenu attribué et délai de 10 ans; le délai a été annulé en appel, pension alimentaire illimitée; montant situé dans la partie supérieure de la fourchette pour les dix premières années, dans la partie inférieure par la suite); *Jendruck c. Jendruck*, 2014 BCCA 320 (34 ans de mariage, discussion sur l'obligation de gagner un certain revenu, même si l'indépendance économique complète est impossible; revenu équivalant à la moitié du salaire minimum attribué à l'épouse); et *K.D. c. N.D.*, 2011 BCCA 513 (répercussions des événements survenus après la séparation sur les efforts de l'épouse en vue d'atteindre l'indépendance économique).

Au chapitre 13 des Lignes directrices facultatives, nous avons recensé les méthodes utilisées couramment pour favoriser l'indépendance économique (et nous utilisons ici l'expression « indépendance économique » au sens de l'obligation du bénéficiaire de faire des efforts raisonnables pour subvenir à ses propres besoins, grâce à un revenu d'emploi ou à l'utilisation de ses biens). La méthode la plus fréquemment utilisée, et la plus souple, est l'attribution d'un revenu au bénéficiaire, les autres méthodes étant utilisées moins souvent et plus adaptées à des situations particulières.

- **Attribution d'un revenu au bénéficiaire** : L'attribution d'un revenu constitue une réponse adaptée à l'indépendance financière; on attribue généralement au bénéficiaire le salaire minimum sur la base d'un emploi à temps partiel ou à temps plein, ou un revenu plus élevé, selon les preuves présentées. Pour une décision rendue il y a déjà un certain temps par une cour d'appel, voir *MacEachern c. MacEachern*, 2006 BCCA 508, et pour des décisions rendues récemment par cette même cour, voir *MacCarthy c. MacCarthy*, 2015 BCCA 496 et *Jendruck c. Jendruck*, 2014 BCCA 320.
- **Ordonnance prévoyant un montant plus élevé à l'intérieur de la fourchette ou restructuration pour établir un montant plus élevé, afin de permettre au bénéficiaire de faire des études ou de suivre une formation** : Il s'agit de la théorie des « sacrifices provisoires qui seront payants à long terme », c'est-à-dire que le payeur verse un montant plus élevé maintenant, pour que son ex-époux devienne financièrement autonome plus rapidement, de manière à pouvoir, un jour, réduire la pension alimentaire ou à y mettre fin. Pour un exemple récent, voir *Jones c. Hugo*, 2012 ONCJ 211.

- **Ordonnance prévoyant un montant moins élevé à l'intérieur de la fourchette** : Un montant inférieur peut constituer une mesure incitative pour encourager le bénéficiaire à gagner plus, en particulier lorsqu'un tribunal lui a attribué un revenu plus faible qu'il n'aurait dû l'être, comme dans *MacEachern* et *Reisman*, ci-dessus.
- **Ordonner une révision ou une nouvelle révision** : l'indépendance économique peut être une question « bien circonscrite » qui se prête bien à une révision, comme il a été explicitement mentionné dans *Leskun c. Leskun*, ci-dessus. Lorsqu'il se pose de sérieuses questions sur les efforts déployés par un bénéficiaire en vue d'atteindre l'indépendance économique, le tribunal peut même prononcer une « ordonnance d'annulation en révision » pour établir une limite de temps pour le versement de la pension alimentaire pour époux, limite qui peut faire l'objet d'une révision et d'une éventuelle prolongation.
- **Réduire la pension alimentaire au moyen d'une ordonnance dégressive** : Certains tribunaux préfèrent rendre des ordonnances dégressives, qui prévoient un montant de pension alimentaire décroissant dans le temps à intervalles fixes; ces ordonnances dénotent généralement une capacité prévue du bénéficiaire d'augmenter graduellement son revenu pour devenir indépendant financièrement; voir, par exemple, *Cipriano c. Hampton*, 2015 ONSC 349. Toutefois, lorsqu'un bénéficiaire occupe déjà un emploi à temps plein au salaire minimum, par exemple, et qu'il n'a pas la capacité d'augmenter son revenu, une ordonnance dégressive ne constitue pas une mesure incitative en ce sens.
- **Fixer un délai initial selon la formule sans pension alimentaire pour enfants ou la formule du payeur gardien** : Les délais indiquent clairement au bénéficiaire que la pension alimentaire prendra fin et qu'il devra alors obtenir des revenus d'une autre source ou accepter un niveau de vie moins élevé.

(b) Indépendance économique et fin de la pension alimentaire

Lorsque le bénéficiaire a acquis son indépendance économique, la pension alimentaire peut prendre fin. Très souvent, la question de la fin de la pension alimentaire se pose au moment d'une modification ou d'une révision, après une ordonnance ou entente initiale ou précédente illimitée. Cependant, dans certains cas d'application de la formule *sans pension alimentaire pour enfants* et de la formule du *payeur gardien*, les ordonnances initiales peuvent être limitées dans le temps. On trouve, parmi les décisions publiées, une quantité considérable de demandes de modification ou de révision dans lesquelles le payeur demande qu'il soit mis fin à la pension alimentaire pour époux au motif que le bénéficiaire a atteint l'indépendance économique ou l'aurait atteinte s'il avait fait des efforts raisonnables.

Dans certains cas, la fin peut être immédiate; bien souvent, le tribunal décidera de ne pas y mettre fin tout de suite, mais le montant de la pension alimentaire peut être réduit (si un revenu est attribué au bénéficiaire) ou la fin de la pension peut être fixée à une date ultérieure au moyen d'un délai (peut être combiné à une ordonnance dégressive) pour prévoir une période définie en vue de la transition finale vers l'indépendance économique. Dans certains cas où les époux n'ont pas fait suffisamment d'efforts pour devenir indépendants financièrement, il sera mis fin à la pension alimentaire au motif qu'un délai suffisant avait été accordé pour permettre d'atteindre l'indépendance économique : voir *Aspe c. Aspe*, 2010 BCCA 508, et *Bosanac c. Bosanac*, 2014

ONSC 7467. Les décisions concernant la fin de la pension alimentaire doivent être rendues après une analyse personnalisée, basée sur des faits, de la durée à l'intérieur des fourchettes établies selon les Lignes directrices facultatives, qui tiennent compte de la fin éventuelle de la pension alimentaire dans de nombreux cas.

C'est dans le contexte de la fin de la pension alimentaire que les différents sens de l'expression « indépendance économique » décrits ci-dessus sont le plus apparents. Les concepts d'indépendance économique sont intimement liés aux idées du droit aux aliments. L'extinction de la pension alimentaire signifie l'extinction du droit aux aliments. Souvent, le fait de conclure que le bénéficiaire a atteint l'indépendance économique dénote une conclusion selon laquelle le droit aux aliments n'existe plus – que le désavantage a été éliminé ou que le besoin n'existe plus. Le sens de l'expression « indépendance économique » peut donc varier selon que le fondement du droit aux aliments est compensatoire ou non compensatoire. Dans certains contextes, l'indépendance économique sera évaluée à la lumière du niveau de vie pendant le mariage; dans d'autres cas, le tribunal conclura que le bénéficiaire est indépendant sur le plan financier même s'il a un revenu nettement inférieur à celui du payeur. On peut trouver l'explication la plus complète des divers sens à donner à l'expression « indépendance économique » dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario rendue dans l'affaire *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11, aux paragraphes 52 à 55, explication qui a été résumée récemment dans *Friesen-Stowe c. Stowe*, 2015 ONSC 554 :

[TRADUCTION]

Pour paraphraser la Cour d'appel de la province dans l'arrêt *Fisher c. Fisher* (2008), 88 R.O. (3d) 241), l'indépendance économique est un concept relatif. Elle n'est pas acquise simplement parce qu'un ex-époux peut subvenir à ses besoins de base. Pour déterminer l'indépendance économique, il faut examiner les revenus actuels et éventuels des parties, leur niveau de vie pendant le mariage, l'efficacité des mesures proposées pour augmenter les ressources d'une partie, les circonstances probables des parties après la séparation, notamment l'incidence de l'égalisation, et la durée de la cohabitation. Il est plus facile d'atteindre l'indépendance économique après un mariage de courte durée, surtout lorsqu'il n'y a pas d'enfants, alors que l'époux ayant le revenu le plus faible ne s'est pas enraciné dans un mode de vie particulier ou n'a pas compromis ses aspirations professionnelles. Dans de telles situations, l'époux ayant le revenu le plus faible devrait avoir les outils pour acquérir son indépendance économique ou pour s'ajuster à son nouveau niveau de vie. À l'opposé, dans la plupart des mariages de longue durée, surtout les mariages traditionnels, la fusion des conditions économiques des parties crée un niveau de vie conjoint que l'époux gagnant le revenu le plus faible ne peut espérer reproduire, mais dont il est devenu dépendant. Dans de telles situations, l'analyse de la pension alimentaire pour époux n'accordera pas la priorité à l'indépendance économique, parce qu'il s'agit d'un objectif tout simplement impossible à atteindre (paragr. 52-55).

Étant donné ces multiples sens de l'indépendance économique, il vaut mieux examiner la jurisprudence relative à l'indépendance économique et à la cessation de la pension alimentaire en tenant compte des différentes formules proposées dans les Lignes directrices facultatives.

(i) *Délais et fin de la pension alimentaire selon les formules « sans pension alimentaire pour enfants » et du « payeur gardien »*

La formule *sans pension alimentaire pour enfants* génère des délais pour les mariages de moins de 20 ans, à l'exception de ceux auxquels la « règle des 65 » s'applique. Si nous laissons de côté les cas de « passage d'une formule à l'autre », les cas qui font appel à des délais seront généralement les mariages de courte ou de moyenne durée sans enfant dans lesquels le fondement

du droit aux aliments est strictement non compensatoire, c'est-à-dire qu'il est basé sur les besoins et le niveau de vie.

Dans certaines situations, les tribunaux imposeront une limite de durée dans une ordonnance initiale, pour des mariages de courte durée, bien souvent. Dans ces cas, le délai initial prévoit une période de transition vers l'indépendance économique. À la fin d'une période relativement courte, le bénéficiaire devrait être autonome et avoir acquis son indépendance économique. Cette période de transition vise à permettre au bénéficiaire de s'adapter à la perte du niveau de vie qu'il avait pendant le mariage; voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11 (octroi d'emblée d'une pension alimentaire pendant 7 ans après un mariage de 19 ans, la demande était fortement non compensatoire et l'épouse avait un emploi; la transition vers l'indépendance économique dans ce cas a été interprétée comme une période qui laissait le temps à l'épouse d'adapter son niveau de vie en fonction de son propre revenu).

Dans les affaires portant sur des mariages de durée moyenne où la formule *sans pension alimentaire pour enfants* a été appliquée, l'ordonnance initiale ou précédente est souvent « illimitée », mais à mesure que le bénéficiaire tente d'atteindre son indépendance économique, des limites de temps seront envisagées; voir, par exemple, *Gammon c. Gammon*, [2008] O.J. n° 603 et [2008] O. J. n° 4252 (C.S.J.) (union de 15 ans sans enfant; séparation en 2004; aucune durée précisée dans l'ordonnance initiale; demande de modification après le départ à la retraite de l'époux; montant de la pension réduit en application des Lignes directrices facultatives, fin de la pension alimentaire fixée à 10 ans après la séparation en 2014) et *Lawder c. Windsor*, 2013 ONSC 5948 (union de 16 ans sans enfant; ordonnance initiale illimitée, l'épouse a trouvé un emploi stable et atteint l'indépendance économique, fin de la pension alimentaire après 16 ans). Dans ces affaires, l'expression « indépendance économique » a deux sens. Du temps a été accordé aux bénéficiaires pour améliorer leur capacité de gagner un revenu et de surmonter le désavantage découlant de l'échec de leur union et de la perte du niveau de vie qu'il avait pendant le mariage. Cependant, les délais tiennent compte du fait que le droit aux aliments disparaît à un moment donné, et le bénéficiaire sera considéré comme ayant atteint l'indépendance économique au niveau de vie qu'il peut maintenir avec ses propres ressources. Comme le démontre l'arrêt *Fisher*, le droit à une pension alimentaire non compensatoire n'est pas assorti d'une garantie permanente du maintien du niveau de vie du mariage dans les cas de mariage de durée moyenne.

La formule du *payeur gardien* se fonde sur les mêmes délais que la formule *sans pension alimentaire pour enfants*, et des approches similaires s'appliquent à l'égard de l'indépendance économique et de la fin de la pension alimentaire; voir *Aspe c. Aspe*, 2010 BCCA 508 (mariage de 12 ans, 3 enfants, payeur gardien, épouse ayant reçu une pension alimentaire pendant 16 ans, efforts insuffisants en vue d'atteindre l'indépendance économique, 2 années de plus). Toutefois, certains cas de mariages de courte ou de moyenne durée dans lesquels on a appliqué la formule du *payeur gardien* peuvent porter tant sur des demandes compensatoires que des demandes non compensatoires, ce qui modulera la signification de l'expression « indépendance économique » et la durée de la pension alimentaire.

(ii) *Délais et fin de la pension alimentaire selon la formule « avec pension alimentaire pour enfants » et lors du passage d'une formule à une autre*

Lors de l'application de la formule *avec pension alimentaire pour enfants*, les délais sont plus souples, les ordonnances initiales étant « illimitées » et les délais étant imposés plus tard, à la suite d'une révision ou d'une modification, peut-être seulement après le passage d'une formule à une autre. Selon cette formule, les concepts d'« indépendance économique » seront fondés sur le caractère fortement compensatoire de la demande dans bon nombre de cas. Pour les mariages de moins de 20 ans, il est prévu que les désavantages économiques du bénéficiaire seront entièrement compensés à un certain moment et, s'il n'y a plus de fondement compensatoire, un délai sera imposé, et il sera mis fin à la pension alimentaire pour époux. À ce moment-là, le bénéficiaire sera considéré comme ayant atteint l'indépendance économique sur la base de son propre revenu; voir *Tadayon c. Mohtashami*, 2015 ONCA 777 (mariage de 16 ans, 2 enfants, passage d'une formule à l'autre, demande visant à faire modifier l'entente; l'épouse délibérément sous-employée, imposition d'un délai de 2 ans, pour un total de 16 ans; l'époux a un revenu de plus de 350 000 \$, et un revenu de 48 000 \$ a été attribué à l'épouse).

Comme le démontre l'arrêt *Tadayon*, bon nombre d'affaires dans laquelle cette formule est appliquée ou de cas de passage à la formule *avec pension alimentaire pour enfants* ont un fondement fortement compensatoire; par conséquent, la durée de la pension alimentaire se situe dans la partie supérieure de la fourchette générée par cette formule; voir également *Bosanac c. Bosanac*, 2014 ONSC 7467 (mariage de 14,5 ans, passage d'une formule à l'autre, pension alimentaire versée pendant 17 ans, l'épouse ne fait pas suffisamment d'efforts, revenu attribué, deux années de plus, ordonnance dégressive).

De nombreuses demandes présentées par des payeurs qui invoquent l'indépendance économique en vue d'imposer un délai ou de mettre fin à la pension alimentaire selon cette formule sont rejetées parce qu'il est trop tôt; voir *Bockhold c. Bockhold*, 2010 BCSC 214 (mariage de 17 ans; révision 10 ans après la séparation, passage d'une formule à l'autre, l'épouse ne fait pas suffisamment d'efforts, salaire minimum attribué, indépendance économique de l'épouse fort peu probable dans un avenir prévisible, étant donné qu'elle ne fait plus partie de la population active depuis 17 ans et qu'elle a une invalidité) et *Remillard c. Remillard*, 2014 MBCA 304 (le juge de première instance a fixé un délai de 5 ans et a attribué un revenu après 11 ans de mariage, avec un enfant ayant des besoins spéciaux; décision renversée en appel; le juge de première instance avait trop mis l'accent sur l'indépendance économique, il est irréaliste de s'attendre à ce que l'épouse retourne sur le marché du travail et atteigne l'indépendance économique en 5 ans).

Toutefois, dans certains cas, il a été mis fin à la pension alimentaire bien avant la durée maximale prévue par la fourchette parce que l'épouse avait été jugée autonome financièrement; voir *Mills c. Elgin*, [2009] B.C.J. n° 2310, 2009 BCSC 1607 (union de 15 ans avec 3 enfants; pension alimentaire pour époux annulée à la suite d'une demande de modification 6 ans après la séparation alors que l'époux gagnait 100 000 \$ et l'épouse, 46 000 \$); *Price c. Price*, 2010 BCCA 452 (mariage de 13 ans avec trois enfants, pension alimentaire pour époux annulée lors de la modification 8 ans après la séparation; l'époux gagnait 145 000 \$ et l'épouse, 54 000 \$ à titre de directrices des opérations); et *Holman c. Holman*, 2015 ONCA 552 (fin de la pension alimentaire 11,5 ans après un mariage de 19 ans avec 3 enfants; l'époux gagnait 130 000 \$ et l'épouse, 60 000 \$, en plus d'un héritage de 300 000 \$). En principe, il devrait s'agir d'affaires dans

lesquelles les bénéficiaires ont vécu un désavantage moins grand et ont toujours des compétences professionnelles monnayables et de bonnes perspectives d'emploi à la suite de l'échec de leur union.

(iii) *Indépendance économique et fin de la pension alimentaire dans les cas de mariage de longue durée ou dans les cas auxquels s'applique la « règle des 65 »*

Pour les mariages de 20 ans ou plus et les cas auxquels s'applique la « règle des 65 », les Lignes directrices facultatives prévoient que l'ordonnance alimentaire sera « illimitée (durée non précisée) ». Cependant, les Lignes directrices facultatives mettent l'accent sur le fait que même dans ces cas, « illimitée » n'est pas nécessairement synonyme de « permanente ». Non seulement la pension alimentaire peut-elle être réduite pour tenir compte des efforts déployés par le bénéficiaire en vue d'acquiescer son indépendance économique, mais il peut également y être mis fin si l'indépendance économique est atteinte. Selon les faits de l'affaire, le droit aux aliments peut prendre fin, même dans ces affaires; voir *LeBlanc c. Yeo* [2011] O.J. No. 2604 (SCJ) (fin de la pension alimentaire 20 ans après un mariage de 20 ans; l'épouse était très jeune au moment de la séparation et n'a fait aucun effort pour atteindre l'indépendance économique); *Ludmer c. Ludmer* 2013 ONSC 784, confirmé par 2014 ONCA 827 (de 10 à 11 ans de pension alimentaire après un mariage de 20 ans; l'épouse a travaillé pendant toute la durée du mariage, gagnant 84 000 \$); *Friedl c. Friedl*, 2012 ONSC 6337 (10 ans de pension alimentaire après un mariage de 25 ans; l'épouse a travaillé comme enseignante pendant toute la durée de mariage; revenu de 102 552 \$; l'époux est dentiste et avait un revenu de 277 000 \$); et *Lalonde c. Lalonde*, 2014 ONSC 4925 (fin de la pension alimentaire 10 ans après un mariage de 25 ans avec trois enfants; l'époux a un revenu de 160 000 \$ et l'épouse a un revenu de 33 000 \$, mais celle-ci a un nouveau conjoint).

Cependant, à la suite des arrêts *Moge* et *Leskun*, les tribunaux reconnaissent que dans de nombreux cas de mariage de longue durée (ou des cas mettant en cause des bénéficiaires âgés), il sera impossible d'atteindre l'indépendance économique. L'atteinte de l'indépendance économique n'est pas une « obligation », pour reprendre l'arrêt *Leskun*. L'obligation du bénéficiaire consiste à faire des efforts raisonnables pour subvenir à ses propres besoins (ou pour qu'un revenu lui soit attribué), mais une pension alimentaire pour combler le manque sera souvent nécessaire malgré tout. Dans le cas de mariages de longue durée avec des enfants, la pension alimentaire sera accordée sur la base de motifs tant compensatoires que non compensatoires. Souvent, il existera un désavantage économique important difficile à surmonter complètement. En outre, dans les cas de mariages de longue durée comportant un élément important d'interdépendance, le « besoin » (et, par conséquent, l'indépendance économique) sera évalué en fonction du niveau de vie durant le mariage (voir *Fisher c. Fisher*, 2008 ONCA 11).

Pour un bon exemple d'une affaire de première instance portant sur un mariage de longue durée dans laquelle le tribunal a conclu que l'épouse n'avait pas encore atteint l'indépendance économique, voir *Brown c. Brown*, 2013 NBQB 369 (mariage de 29 ans, demande de modification 11 ans après la séparation, l'épouse avait trouvé un emploi et gagnait 40 000 \$, l'époux avait un revenu de 80 000 \$, la pension alimentaire a été réduite, mais pas annulée, analyse approfondie de la signification d'« indépendance économique »). Pour des affaires traitées par des cours d'appel, voir *Reisman c. Reisman*, 2014 ONCA 109 (mariage de 20 ans, efforts insuffisants de l'épouse, partie inférieure de la fourchette choisie par le juge de première instance, revenu attribué et délai de 10 ans; délai renversé en appel, pension alimentaire illimitée; partie supérieure de la fourchette

pour les 10 premières années, partie inférieure par la suite); et *Jendruck c. Jendruck*, 2014 BCCA 320 (mariage de 34 ans, exposé sur l'obligation de gagner un certain revenu même s'il est impossible d'atteindre l'indépendance économique; moitié du salaire minimum attribué à l'épouse).

19 La retraite

Les cas portant sur un départ à la retraite sont maintenant plus fréquents, en raison des baby-boomers qui prennent leur retraite. Cette catégorie d'affaires soulève tout un lot de questions épineuses, habituellement à l'étape de la modification ou de la révision. Dans la présente version du Guide d'utilisation, nous avons décidé de regrouper les questions relatives à la retraite en un seul endroit, contrairement aux versions précédentes. Dans les Lignes directrices facultatives, un seul paragraphe était consacré à la retraite, sous la rubrique « Exceptions ». De toute évidence, l'analyse des Lignes directrices facultatives sur cette question est en évolution.

Lorsqu'il faut établir les motifs d'une demande de modification, le départ à la retraite constitue-t-il un « changement important » ou non? La retraite peut-elle être un motif de révision? Dans la plupart des cas, le départ à la retraite entraîne une baisse de revenus pour le payeur, mais dans les cas de « retraite anticipée », il convient de savoir si un revenu devrait être attribué au débiteur qui prend sa retraite, soit le revenu d'emploi antérieur soit tout autre revenu postérieur à la retraite.

Une fois réglées les questions relatives au critère préalable et avant d'appliquer les Lignes directrices facultatives, il pourrait être nécessaire de trancher une autre question, soit celle de la « double ponction » selon l'arrêt *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43. Dans les Lignes directrices facultatives, l'arrêt *Boston* est traité comme une « exception » basée sur les biens, reconnaissant l'interaction entre la pension en tant que biens familiaux et l'utilisation de la pension en tant que revenu aux fins de la pension alimentaire.

Finalement, les ex-époux et ex-conjoints devront, à un moment ou à un autre, piger dans leur capital pour subvenir à leurs besoins, ce qui représente un défi pour l'application de lignes directrices basées sur le revenu.

Pour une excellente analyse de la jurisprudence relative à la retraite, publiée il y a quelque temps déjà, voir Marie Gordon, « Back to Boston : Spousal Support After Retirement » (2009) 28 *Canadian Family Law Quarterly* 125.

(a) La retraite anticipée

Lorsque le payeur prend sa retraite tôt, et demande une réduction de la pension alimentaire pour époux, sa décision de prendre sa retraite fera l'objet d'un examen minutieux. Quand une retraite peut-elle être considérée comme étant « anticipée »? Les tribunaux ne l'indiquent pas toujours clairement. Pour les fins qui nous préoccupent, la retraite « anticipée » s'entend d'une retraite avec pension réduite ou d'une retraite avec pension complète ou non réduite avant 65 ans, lorsqu'il n'y a pas de problèmes de santé ou d'autres circonstances particulières. Si le tribunal considère la retraite anticipée comme étant « volontaire » et non nécessaire ou déraisonnable, la pension alimentaire pour époux ne sera probablement pas modifiée. Comme le souligne Gordon, bon nombre de ces affaires portent sur des mariages de longue durée et des demandes fortement compensatoires : ci-dessus, p. 151-166).

Lorsqu'une demande de modification est déposée, le tribunal peut être d'avis que la retraite anticipée ne constitue pas un « changement important » et ne pas modifier la pension alimentaire pour époux : *Cossette c. Cossette*, 2015 ONSC 2678 (Cour div.); *Sangster c. Sangster*, 2014 NBCA 14; *Walts c. Walts*, 2013 ONSC 6787; *MacLanders c. MacLanders*, 2012 BCCA 482; *Jordan c. Jordan*, 2011 BCCA 518; *Marshall c. Marshall*, 2011 ONSC 5972; *Francis c. Logan*, 2008 BCSC 1028; *Gajdzik c. Gajdzik*, 2008 BCSC 160; *Moffatt c. Moffatt*, [2003] O.J. No. 3912 (C.S.J.) (revenu maintenu pour 5 ans, jusqu'à la date de la retraite normale). La Cour divisionnaire de l'Ontario a également conclu qu'il n'y avait pas de « changement important » dans un autre cas de retraite anticipée, mais son autorité est minée par un certain nombre d'autres erreurs dans ses motifs de jugement : *Hickey c. Princ*, 2015 ONSC 5596.

La retraite anticipée sera acceptée lorsque des problèmes de santé la justifient : *LeMoine c. LeMoine*, [1997] N.B.J. n° 31 (C.A.) Elle sera aussi acceptée pour des raisons d'incertitude économique ou dans le cas d'une mise à pied : *Beck c. Beckett*, 2011 ONCA 559. Le départ à la retraite à un jeune âge dans les Forces armées a donné des résultats contradictoires : voir *Powell c. Levesque*, 2014 BCCA 33 (départ justifié, pension alimentaire modifiée), et *Sangster c. Sangster*, 2014 NBCA 14 (départ non justifié, aucun changement important).

Dans d'autres cas, les tribunaux ont conclu que la décision elle-même de partir à la retraite était raisonnable, mais un revenu d'emploi à temps partiel est attribué à la personne ayant pris une retraite anticipée. Dans *Donovan c. Donovan*, 2000 MBCA 80, le revenu d'emploi attribué additionné au montant de la pension de retraite a ramené le revenu d'un policier au niveau où il était avant son départ à la retraite. Un résultat similaire a été obtenu dans *Rothschild c. Sardelis*, 2015 ONSC 5572, alors qu'un revenu d'emploi a été attribué au payeur, mais seulement pour l'année de plus pendant laquelle il aurait travaillé avant de prendre sa retraite. Lorsqu'un revenu est attribué à une personne ayant pris une retraite anticipée au niveau précédant le départ à la retraite ou à un niveau proche de celui-ci, concrètement, la ligne entre l'attribution d'un revenu et l'approche ci-dessous fondée sur l'absence de changement important disparaît.

Dans *Stephen c. Stephen*, 2004 SKQB 386, un revenu d'emploi à temps partiel a été attribué même si l'agent de la GRC avait pris une retraite anticipée en raison du stress et de divers problèmes de santé physique, ce qui donnait au payeur un revenu situé entre le montant de sa pension et son ancien revenu d'emploi à temps plein. Dans la même veine, voir *LeBlanc c. LeBlanc*, 2013 NBCA 22 et *Beck c. Beckett*, 2011 ONCA 559. Pour de plus amples renseignements sur l'attribution d'un revenu dans de tels cas, voir Rollie Thompson, « Slackers, Shirkers and Career-Changers: Imputing Income for Under/Unemployment » (2006), 26 *Canadian Family Law Quarterly* 135, p. 158-160 en particulier.

(b) La retraite constitue-t-elle un motif pour modifier la pension alimentaire pour époux?

Le départ à la retraite peut être inclus en tant que motif explicite pour la révision dans une ordonnance ou une entente, surtout si la retraite surviendra vraisemblablement dans un futur rapproché et est considérée comme une « incertitude à la fois réelle et importante », pour reprendre l'expression utilisée dans l'arrêt *Leskun*. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il s'agit d'un « changement important ». Étant donné le traitement incertain et confus de la notion de « changement important » de la part de certains tribunaux, les avocats ont souvent utilisé une

clause de révision pour éviter ce débat. Pour une révision prévue dans une ordonnance au moment de la retraite, voir *Vaughan c. Vaughan*, 2014 NBCA 6.

La retraite peut aussi être incluse explicitement dans la définition de « changement important » dans une ordonnance ou une entente, comme le permet l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*; voir, par exemple, *Slongo c. Slongo*, 2015 ONSC 2093.

Si l'ordonnance ou l'entente ne prévoit rien à propos de la retraite, on considère généralement la retraite comme un « changement important », bien que dans certains cas, on continue d'appliquer à tort le critère « prévisible » énoncé dans l'arrêt *Miglin*, plutôt que le critère « prévu », c'est-à-dire que la retraite était prévue ou, autrement dit, qu'elle a été prise en considération dans l'ordonnance précédente (voir l'exposé, ci-dessus, dans la section « Modification et révision ». Pour une analyse du critère approprié, voir Rollie Thompson, « To Vary, To Review, Perchance to Change: Changing Spousal Support » (2012) 31 *Canadian Family Law Quarterly* p. 355-382. Certains tribunaux concluent encore que la retraite ne constitue pas un changement important, parce qu'elle est « prévisible », ce qui prête à confusion; voir, par exemple, *Hickey c. Princ*, 2015 ONSC 5596 (Cour div.).

(c) Pensions déjà partagées : la double ponction, l'arrêt Boston et les Lignes directrices facultatives

Même des années plus tard, les avocats et les juges ont encore maille à partir avec les implications pratiques de l'arrêt *Boston*. Les Lignes directrices ne changent pas la règle de droit établie dans *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, qui régit la double ponction relativement au partage de la pension de retraite et à la pension alimentaire pour époux. Cette règle vise le droit aux aliments et le droit à une part du revenu de retraite déjà divisé du payeur. Selon les Lignes directrices facultatives, l'arrêt *Boston* est reconnu comme étant une « exception » dans laquelle l'application des formules doit être modifiée pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux.

L'arrêt *Boston* contenait **trois décisions importantes concernant la « retraite »**. D'abord, lorsqu'une pension a été partagée au titre des biens matrimoniaux et qu'il examine la question de la pension alimentaire pour époux, « [p]our éviter la double indemnisation, le tribunal devrait, lorsque c'est possible, s'intéresser surtout à la portion du revenu et des biens du débiteur qui n'ont pas fait partie du partage ou de l'égalisation des biens matrimoniaux quand il est prouvé que le conjoint bénéficiaire a toujours besoin d'aide pour subvenir à ses besoins » (paragr. 64). Deuxièmement, le bénéficiaire a l'obligation d'utiliser sa part des biens matrimoniaux pour générer un revenu et pour tenter d'acquiescer son indépendance économique, à défaut de quoi un revenu peut lui être attribué. De fait, le bénéficiaire est tenu de créer sa propre « pension » (paragr. 54). Troisièmement, les juges majoritaires dans l'arrêt *Boston* ont reconnu que la double indemnisation ne pouvait pas toujours être évitée, et ont fait remarquer que des difficultés financières et des besoins peuvent justifier une exception à la règle générale. Pour des analyses intéressantes de l'arrêt *Boston*, voir Gordon, ci-dessus, ainsi que Carol Rogerson, « Developments in Family Law: The 2000-2001 Term » (2001), 15 *S.C.L.R.* (2^e) 307, p. 329-354.

Pour traiter les questions de type *Boston*, il faut adopter une approche par étape. Pour évaluer la pension alimentaire pour époux, le point de départ des Lignes directrices facultatives est le revenu complet de chacune des parties. Premièrement l'arrêt *Boston* crée une exception à cette approche

générale. Par conséquent, il incombe au payeur de convaincre le tribunal d'utiliser un revenu inférieur à son revenu aux fins des Lignes directrices facultatives en application de cette exception. Au moyen de preuves actuarielles ou autres, le payeur doit prouver au tribunal qu'une partie de son revenu de pension actuel a déjà été partagé au titre des biens matrimoniaux. Deuxièmement, si le payeur réussit à prouver l'exception de la « double ponction », il incombera alors au bénéficiaire de convaincre que l'exception relative aux difficultés ou à un besoin s'applique selon les principes de l'arrêt *Boston*.

L'arrêt *Boston* a été rendu en 2001, avant la création des Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux. Dans l'arrêt lui-même, la Cour suprême s'en est finalement remise à la décision du juge saisi de la requête de réduire la pension alimentaire pour époux de 3 433 \$ à 950 \$ par mois, sans donner d'explication. L'avènement de lignes directrices basées sur le revenu, avec la publication des Lignes directrices facultatives en 2005, a incité les tribunaux à tenter de trouver une formule pour appliquer la règle interdisant la double ponction établie dans l'arrêt *Boston*.

Voici ce que nous avons énoncé dans la version de 2010 du Guide d'utilisation au sujet de l'arrêt *Boston* et la double ponction :

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

L'arrêt *Boston* articule une règle générale contre la double ponction, à savoir que la pension alimentaire pour époux ne doit pas être versée à même une rente qui a déjà été divisée dans le cadre d'un partage des biens entre les époux. Toutefois, l'arrêt reconnaît des exceptions à cette règle, exceptions qui ont été longuement discutées en appel dans les affaires *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] O.J. n° 3911 (C.A.); *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 36 R.F.L. (5th) 241 et *Cymbalisty c. Cymbalisty*, 2003 MBCA 138, 44 R.F.L. (5th) 27. Les exceptions les plus fréquentes à la règle interdisant la double ponction sont fondées sur les difficultés et le besoin. L'arrêt *Boston* s'applique aux affaires où il n'y a pas eu de division en espèces ou requise par la loi de la rente, mais où l'époux bénéficiaire a plutôt reçu d'autres biens ou un montant forfaitaire au lieu d'une part de la rente. Pour appliquer la règle interdisant la double ponction établie dans l'arrêt *Boston*, le tribunal doit avoir la preuve d'une évaluation préalable du montant de la rente et de sa division, afin de déterminer quelle part du revenu courant du payeur a été divisée. Dans certains cas, cette part sera relativement petite comparativement à la part non divisée, de sorte que l'arrêt *Boston* n'aura pas d'effet : *Leepart c. Leepart*, 2009 CarswellSask 54, 2009 SKQB 47.

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

montants de la rente à leur revenu, et les parts déjà divisées de la rente s'annulent mutuellement.

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

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

Pour en donner un exemple simple, supposons que les époux ont été mariés pendant 20 ans et que l'épouse a un revenu de 10 000 \$ de sources autres que la rente. L'époux payeur a pris sa retraite avec un revenu annuel de 50 000 \$, dont 30 000 \$ provient de sa rente déjà divisée. Si on applique l'ajustement prévu dans l'arrêt *Boston*, l'échelle des Lignes directrices facultatives serait de 250 \$ à 333 \$/mois. Si le payeur était traité comme une personne vivant avec 20 000 \$ par année, soit le revenu « plancher » pour verser une pension alimentaire pour époux, le montant accordé pourrait se situer à l'extrémité inférieure de la fourchette, ou même être nul. Cela ferait fi du revenu de base de 30 000 \$ sur lequel le payeur peut compter pour vivre.

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

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

Dans deux affaires récentes, l'époux payeur avait pris une retraite anticipée et a ensuite plaidé que l'épouse bénéficiaire au début de la cinquantaine soit tenue de toucher sa partie de la rente, ou alors qu'un revenu lui soit attribué aux fins des Lignes directrices

facultatives, mais le tribunal a rejeté cet argument de type « *Boston* » inversé : *Szczerbaniwicz c. Szczerbaniwicz*, [2010] B.C.J. n° 562, 2010 BCSC 421 et *Swales c. Swales*, [2010] A.J. n° 297, 2010 ABQB 187.

Malgré ces mises en garde quant au fait d'essayer d'utiliser une formule simple pour appliquer l'arrêt *Boston*, la méthode la plus couramment utilisée pour ajuster les formules des Lignes directrices facultatives pour tenir compte de la règle interdisant la double ponction demeure d'appliquer la formule en utilisant seulement le revenu du payeur généré par la portion non divisée de la pension de retraite, plus tout autre revenu : *Elliston c. Elliston*, 2015 BCCA 274; *Murphy c. Murphy*, 2015 BCSC 408; *Pascall c. Mbolekwa*, 2015 ONSC 7444; *MacQuarrie c. MacQuarrie*, 2012 PECA 3; *Stephenson c. Stephenson*, 2012 ONSC 1867 (Cour div.); *Landry c. Mallette*, 2014 ONSC 5111. Un montant est ensuite choisi à l'intérieur de cette fourchette inférieure.

Ici, nous devons revenir aux principes de base de l'arrêt *Boston*, dont certains sont loin d'être clairs. Nous tenterons de démêler les trois principaux éléments de l'arrêt *Boston* et de les relier aux Lignes directrices facultatives.

Nous commencerons par **la règle interdisant la double ponction**. Le tribunal a établi que pour déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux après le partage de la pension de retraite, il faut s'intéresser surtout à la portion de la pension de retraite du payeur qui n'a pas été divisée. Les complications surviennent principalement dans le cas des pensions à prestations déterminées. Dans la plupart des cas, le bénéficiaire a reçu sa part de la pension sous forme de montant forfaitaire payé à même le régime de retraite et versé dans un fonds d'investissement de retraite immobilisé ou dans tout autre bien, ou sous forme de paiement d'égalisation. Tôt ou tard, le bénéficiaire devra convertir ces fonds en une forme de revenu récurrent pour sa retraite, une sorte de « rente », pour reprendre les termes de l'arrêt *Boston*. Il est très difficile de déterminer quel revenu un bénéficiaire devrait pouvoir tirer de sa part des biens matrimoniaux, ou même quand ce revenu devrait commencer (étant donné que la plupart des bénéficiaires sont plus jeunes que les payeurs). Il est plus simple, mais pas si simple, d'exclure le revenu de pension déjà divisée du revenu du payeur puis de déterminer le montant de la pension alimentaire pour époux en se fondant sur ce revenu réduit et le revenu réel du bénéficiaire. En outre, comme le payeur dispose des renseignements nécessaires, selon la loi, c'est à lui qu'il incombe de prouver quelle portion de sa pension de retraite a déjà été partagée au titre des biens matrimoniaux.

En deuxième lieu, **dans la pratique, l'époux bénéficiaire devra tôt ou tard générer une « pension » à partir de ses biens**. Il convient de rappeler que dans l'arrêt *Boston*, l'épouse avait obtenu la grande maison familiale et quelques autres biens, et avait accru ses avoirs au fil des années. Les juges majoritaires de la Cour suprême ont discuté en détail de ce point dans leurs motifs de jugement. Toutefois, cela pourrait mener par inadvertance à une autre sorte de « double ponction », situation mise en lumière dans l'arrêt *Boston* et traité dans Rogerson, ci-dessus. Si le revenu du débiteur est réduit, que l'on enlève toute la portion déjà partagée de la pension de retraite, et qu'ensuite on *ajoute* au revenu du bénéficiaire le revenu d'investissement de tout avoir découlant du partage des biens matrimoniaux (ou, pire encore, qu'on y ajoute une estimation de la pension de retraite que ces avoirs pourraient générer), **la double ponction nuit au bénéficiaire**. Pour établir un équilibre entre les parties, il faut déduire le revenu de pension divisé (ou son

équivalent en termes d'investissements) *des revenus des deux parties ou ne le déduire ni d'un côté ni de l'autre*. Ce point n'est pas énoncé clairement dans l'arrêt *Boston*.

En troisième lieu viennent les exceptions fondées sur les difficultés économiques et les besoins dans l'affaire *Boston*. L'arrêt *Boston*, ne permet pas toujours d'expliquer clairement pourquoi cette « exception » est limitée au « besoin », comme le proposent les interprétations subséquentes de cette décision. Le jugement compte une analyse détaillée de la difficulté et du besoin, mais reconnaît à peine les demandes compensatoires présentées après la retraite. À première vue, il semble qu'une demande compensatoire pourrait s'appuyer tout aussi solidement, sinon plus, sur une exception après le départ à la retraite, surtout après un mariage traditionnel de longue durée. Étant donné la manière dont les facteurs compensatoires et non compensatoires sont inter reliés après un mariage de longue durée, il n'est peut-être pas important que l'exception soit traitée ou non comme une exception dans le cadre d'une demande non compensatoire. En bout de ligne, la Cour suprême n'a pas appliqué l'exception fondée sur le besoin à la lumière des faits dans l'affaire *Boston*. De plus, la Cour n'a jamais défini ce qu'elle entendait par « besoin » dans une telle situation.

La formule qui est appliquée pour éviter la double ponction produit souvent des résultats qui semblent intéressants au vu des faits. L'élément commun à toutes les affaires citées ci-dessus est le fait que la majeure partie de la pension N'A PAS été divisée, laissant ainsi presque tout le revenu de pension disponible en tant que « revenu » du payeur, aux fins du calcul de la pension alimentaire pour époux. Dans ces cas, le revenu de pension non divisée du payeur se situait dans une fourchette allant de 62 p. 100 du revenu de pension total (*MacQuarrie et Stephenson*) à 76 p. 100 (*Pascall*), voire 81 p. 100 (*Murphy*). Dans l'affaire *Elliston*, l'époux travaillait encore et recevait sa pension de retraite de l'armée, de sorte que son revenu disponible aux fins de la pension alimentaire était de 74 à 81 p. 100 lorsque l'on prenait en compte son revenu de pension total (la portion relative au service de l'époux avant la cohabitation semble avoir été oubliée). L'autre élément commun dans ces affaires est qu'il s'agissait, dans tous les cas, de relations de longues durées, allant de 16 à 21 ans, de sorte que la formule *sans pension alimentaire pour enfants* divisait un pourcentage important du revenu restant au titre de la pension alimentaire pour le bénéficiaire.

Si le revenu de la portion non divisée de la pension est inférieur à 20 000 \$, il est important de NE PAS traiter le payeur comme s'il avait un revenu *réel* inférieur à 20 000 \$ et applique les dispositions des Lignes directrices facultatives au sujet du plancher : *Brisson c. Brisson*, 2012 BCCA 396. Ce point important a été négligé dans *Stephenson c. Stephenson*, 2012 ONSC 1867 (Cour. div.) et *Rothschild c. Sardelis*, 2015 ONSC 5572.

Pour ce qui est de l'exception basée sur les difficultés ou sur les besoins, dans la majorité des affaires qui ont suivi l'arrêt *Boston*, **cette « exception » a absorbé la « règle »**. Pour des affaires récentes, voir *Hickey c. Princ*, 2015 ONSC 5596 (Cour. div.); *Senek c. Senek*, 2014 MBCA 67 (exception fondée sur le besoin appliquée en appel); *Landry c. Mallette*, 2014 ONSC 5111 (l'exception fondée sur le besoin ne s'applique pas, parce que les besoins de l'épouse sont satisfaits par le revenu de son nouveau conjoint). Pour deux affaires qui ne sont pas tout à fait aussi claires au sujet de l'exception, voir *Flieger c. Adams*, 2012 NBCA 39, confirmant 2011 NBQB 237, et *Dishman c. Dishman*, 2010 ONSC 5239. Pour compliquer davantage les choses, bon nombre des affaires portant sur l'« exception fondée sur les difficultés économiques ou les besoins suivant l'arrêt *Boston* » mettent en cause des questions d'invalidité ou de maladie, comme c'est le cas de *Hickey c. Princ* et de *Landry c. Mallette*.

Lorsque les tribunaux utilisent les Lignes directrices facultatives pour appliquer cette exception dans une formule, ils utilisent habituellement le revenu de retraite complet du débiteur pour calculer la fourchette, sans donner beaucoup d'explications : *Smith c. Werstine*, 2014 ONSC 5319. Le revenu de retraite complet générera une fourchette plus élevée, ce qui tire le montant dans la direction désirée. Ici encore, il n'est pas certain que cette formule offre le résultat approprié dans chaque cas, comme il l'a été signalé dans *Slongo c. Slongo*, 2015 ONSC 2093. Encore une fois, nous proposons que des calculs soient effectués pour d'autres revenus, tel que nous l'avons expliqué dans la partie « Détermination du revenu » ci-dessus. Il faut d'abord faire un calcul avec le revenu de retraite complet, puis faire un autre calcul en n'utilisant que la portion non divisée de la pension du payeur, avant de choisir un montant en appliquant « l'exception » de l'arrêt *Boston*. Les difficultés et les besoins du bénéficiaire auront une incidence sur ce montant.

En outre, il importe de retenir qu'en droit en matière de pensions alimentaires pour époux, le « besoin » ne devrait pas être traitée comme une première nécessité ou des besoins de subsistance, mais plutôt comme un concept relatif, lié au niveau de vie durant le mariage. Plus le mariage a été long, avec une « fusion au fil du temps », plus la demande non compensatoire sera solide à l'égard du niveau de vie durant le mariage. L'exception fondée sur les difficultés ou sur la nécessité de l'arrêt *Boston* se base sur cette vision du concept de « nécessité ».

Finalement, aux termes des Lignes directrices facultatives, **l'arrêt *Boston* oblige les tribunaux à faire preuve d'une souplesse accrue**, tant pour ce qui est de l'application de la règle générale « interdisant la double ponction » que pour l'application de l'exception à cette « règle » assez vaste fondée sur le besoin. La « règle » relative à la double ponction de l'arrêt *Boston* est en elle-même une exception au calcul ordinaire de la pension alimentaire pour époux. Dans bon nombre de cas, le calcul au moyen des formules (comme on peut le voir dans des affaires comme *Stephenson*) peut produire un résultat tolérable, mais seulement dans le cas lorsque la relation a duré longtemps et que la majeure partie de la pension de retraite n'est pas divisée (parce que le payeur a cotisé à son régime de retraite pendant une longue période après la séparation ou en raison de la présence d'autres sources de revenus pour le payeur). De même, l'utilisation du revenu complet du payeur dans la formule en présence de l'exception fondée sur les difficultés ou la nécessité peut donner des résultats raisonnables pour une grande variété de cas, mais pas tous.

(d) Fin de la pension alimentaire pour époux

Le départ à la retraite est l'une des raisons pour lesquelles il est mis fin à la pension alimentaire pour époux. Les cas relatifs à la retraite seront généralement traités au moyen de la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Dans un mariage de longue durée, lorsque les deux parties ou l'une d'entre elles ont des pensions de retraite qui ont fait l'objet d'une égalisation, la retraite signifiera que les deux parties ont des biens et des revenus similaires, et par conséquent, il n'y aura aucune raison pour que le versement de la pension alimentaire pour époux se poursuive dans la plupart des cas. Si aucun des époux n'a de pension de retraite et qu'ils n'ont que leurs régimes publics des pensions du RPC/de la RRQ, ainsi que des paiements de la Sécurité de la vieillesse (SV) et parfois du Supplément de revenu garanti (SRG), encore une fois, leurs revenus seront tous deux faibles; p. ex., *Arbou c. Robichaux*, 2012 NBQB 16

Entre ces deux extrêmes, il subsistera probablement des écarts de revenu, bien que souvent réduit, après la retraite. Dans certains de ces cas, le revenu de retraite réel du payeur descendra sous le

« plancher » de 20 000 \$ brut par année : *Whittick c. Whittick*, 2014 BCSC 1597; *Heywood c. Heywood*, 2013 ONSC 58; *A.M.R. c. B.E.R.*, 2005 PESCTD 62. Ces cas ont été traités ci-dessus, dans la section « Plafonds et planchers ». Il existe des exceptions, dans lesquelles le versement de la pension alimentaire se poursuit après la retraite et malgré que le revenu du payeur soit inférieur au plancher, mais seulement dans des cas de mariages de longue durée où le bénéficiaire n'a aucun revenu, ou très peu : *Pratt c. Pratt*, 2008 NBQB 94 (épouse sur l'aide sociale; l'époux a un revenu annuel de 14 116 \$, pension alimentaire établie à seulement 300 \$ par mois); *M.(W.M.) c. M.(H.S.)*, 2007 BCSC 1629 (l'épouse n'a aucun revenu; l'époux a un revenu annuel de 17 800 \$; pension alimentaire de 600 \$ par mois, extrémité inférieure de la fourchette).

Dans bon nombre de cas, lorsque le payeur atteint l'âge de la retraite, le versement de la pension alimentaire pour époux tire à sa fin de toute manière, et la réduction du revenu du payeur au moment de la retraite devient un motif pour y mettre fin : p. ex., *Powell c. Levesque*, 2014 BCCA 33 (relation de 8 ans, bénéficiaire invalide, la payeuse prend sa retraite des Forces armées avec pension complète à 44 ans, souffre elle-même de problèmes de santé, il est mis fin à la pension alimentaire, qui a été versée pendant 12 ans). La pension alimentaire pour époux peut continuer d'être versée après la retraite, comme nous le rappelle l'arrêt *Boston*. Pour les cas de mariages de longue durée ou survenus tard dans la vie des parties (« règle des 65 »), lorsque la pension alimentaire est illimitée, la retraite et la réduction de revenu du payeur seront souvent des motifs pour mettre fin à la pension alimentaire pour époux ou pour y imposer un délai.

(e) Utilisation du capital et lignes directrices basées sur le revenu

À un certain moment, lorsque nous atteignons un certain âge, nous devons tous « vivre sur notre capital », et retirer les montants investis pour subvenir à nos besoins courants; ceci est particulièrement vrai pour les personnes qui n'ont pas de pension de retraite. Les REÉR doivent être convertis en fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) ou en rentes. Les entreprises et des fermes doivent être vendues. L'intérêt provenant d'investissements devient insuffisant pour les besoins courants. Comme nous le rappelle *Leskun c. Leskun*, 2006 CSC 25, le capital fait partie des « ressources » et peut servir pour le paiement de la pension alimentaire pour époux.

Cela pose problème pour l'application de lignes directrices fondées sur le revenu comme les Lignes directrices facultatives. En effet, l'analyse des Lignes directrices facultatives à ce stade avancé comporte deux étapes, à supposer qu'il existe un droit aux aliments : premièrement, quel revenu devrait être attribué aux époux à titre de retraits de capital raisonnables, en plus du revenu actuel que les époux peuvent gagner; deuxièmement, le calcul du montant selon la formule *sans pension alimentaire pour enfants*. Ou bien, si des époux âgés ont des biens à peu près similaires après le partage des biens, un tribunal peut mettre fin à la pension alimentaire pour époux et laisser à chaque époux la gestion de son propre capital pour répondre à ses besoins, comme c'est le cas dans *Puiu c. Puiu*, 2011 BCCA 480 (mariage traditionnel de 34 ans, séparés en 2005, époux âgé de 66 ans et l'épouse, de 61 ans, aucun des deux ne travaille).

20 La pension alimentaire pour époux rétroactive

(a) Principes généraux

Les règles juridiques s'appliquant à la pension alimentaire pour époux rétroactive ont été révisées et énoncées de nouveau dans *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, après la publication des Lignes directrices facultatives. La Cour suprême du Canada a statué que l'analyse de la pension alimentaire pour enfants rétroactive faite dans *D.B.S. c. S.R.G.*, 2006 CSC 37, devrait être appliquée, moyennant quelques modifications, au calcul de la pension alimentaire pour époux rétroactive. Les facteurs établis dans *D.B.S.* sont les suivants :

- (i) le motif valable d'avoir tardé à présenter la demande de pension alimentaire par le bénéficiaire;
- (ii) la présence ou l'absence de comportement répréhensible de la part du payeur;
- (iii) les circonstances du bénéficiaire;
- (iv) toute difficulté que la pension alimentaire rétroactive pourrait occasionner au payeur

Comme le juge Cromwell l'a dit, des « situations semblables » devraient s'appliquer à la pension alimentaire pour époux rétroactive. Étant donné que la pension alimentaire pour époux est différente, et met en cause des demandes entre adultes, « les préoccupations au sujet de l'avis, du retard et de la conduite répréhensible ont généralement plus de poids en ce qui concerne les demandes d'aliments pour conjoint » (paragr. 208). La date d'entrée en vigueur de l'avis joue un rôle important. Le juge Cromwell a statué que le fait que le bénéficiaire n'ait pas présenté une demande provisoire n'indique pas nécessairement qu'il y a eu un retard, à condition que le bénéficiaire introduise sa demande peu de temps après la séparation et poursuive les procédures avec diligence (paragr. 216). Dans *Kerr*, la pension alimentaire pour époux versée à l'épouse a été déterminée au moyen des Lignes directrices facultatives, et le juge de première instance a ordonné le versement rétroactif au début des procédures. Cette pension alimentaire rétroactive a été renversée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais la Cour suprême du Canada a rétabli la décision du juge de première instance.

Avant l'arrêt *Kerr*, les demandes de pension alimentaire pour époux rétroactives avaient connu une hausse, mais elles ont bondi après la décision. Les Lignes directrices facultatives se sont avérées avoir un rôle dans cette augmentation, puisqu'elles permettent de quantifier facilement les demandes rétroactives. Il est maintenant fréquent que les demandes de pension alimentaire pour l'avenir soient accompagnées d'une demande rétroactive. Plus de cent décisions concernant la pension alimentaire pour époux rétroactive sont prises chaque année.

L'utilisation du mot « rétroactive » pour ces demandes a fait l'objet de discussions. Le terme est souvent employé dans son sens large pour désigner simplement l'octroi d'aliments avant que les questions entourant la pension alimentaire soient débattues devant le tribunal ou qu'elles soient réglées, plutôt que dans son sens plus technique, soit l'octroi d'aliments pour la période précédant

le dépôt d'une demande ou d'une requête devant le tribunal. Dans le présent contexte, nous employons l'expression dans son sens large et usuel.

(b) Utilisation des Lignes directrices facultatives

Lors du calcul de la pension alimentaire pour époux rétroactive, lorsque le droit à une pension alimentaire rétroactive a été établi à la suite de l'analyse de type *Kerr*, les Lignes directrices facultatives sont très utiles pour établir le montant de la pension alimentaire à partir de la date de début qui a été déterminée. En outre, le calcul rétroactif comporte un avantage énorme, soit celui d'utiliser des revenus réels connus.

Pour des décisions rendues par des cours d'appel après l'arrêt *Kerr* qui sont fondées sur les Lignes directrices facultatives pour calculer la pension alimentaire pour époux rétroactive, voir *Frank c. Linn*, 2014 SKCA 87, *Remillard c. Remillard*, 2014 MBCA 101, et *MacQuarrie c. MacQuarrie*, 2012 PECA 3.

(c) Les questions fiscales

La pension alimentaire rétroactive est payée sous forme de montant forfaitaire. Habituellement, le montant forfaitaire au titre de la pension alimentaire pour époux n'est pas déductible pour le payeur et n'est pas imposable pour le bénéficiaire. Cela signifie que tout calcul du montant périodique de la pension alimentaire pour époux, ou toute augmentation de la pension alimentaire, doit être réduit pour obtenir un montant net.

Pour des affaires où cette déduction est traitée, voir *Hume c. Tomlinson*, 2015 ONSC 843; *Samoilova c. Mahnic*, 2014 ABCA 65 (montant forfaitaire rétroactif au titre de la pension alimentaire pour 2004-2008 calculé en utilisant le milieu de la fourchette; aucun rajustement au titre des impôts initialement, réduction subséquente de 30 p. 100; appel rejeté; le taux de réduction choisi par le juge était une moyenne des taux d'imposition respectifs des parties et était raisonnable, selon les preuves présentées); *Robinson c. Robinson*, 2012 BCCA 497; *Patton-Casse c. Casse*, 2011 ONSC 6182 (motifs supplémentaires à 2011 ONSC 4424) (un équilibre entre les positions fiscales des parties est nécessaire). Voir aussi l'exposé sur la réduction des montants forfaitaires obtenus lors de la restructuration des montants futurs de pension alimentaire, ci-dessus, à la section « Restructuration ».

Il existe maintenant une autre méthode pour régler les questions fiscales liées à la pension alimentaire pour époux. En 2013, dans *James c. Canada*, 2013 CCI 164, la Cour canadienne de l'impôt a statué que l'époux *pouvait* déduire le paiement d'un montant forfaitaire rétroactif important ajouté à la pension alimentaire régulière qui avait été ordonné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'Agence du revenu du Canada a maintenant accepté la politique qui soutient cette décision dans son Folio de l'impôt sur le revenu S1-F3-C3, qui a été mis à jour le 5 mars 2015 (ces folios remplacent les anciens Bulletins d'interprétation, soit IT-530R dans ce cas-ci). Le débiteur peut déduire le montant forfaitaire lorsque l'une ou l'autre des situations suivantes peut être établie :

- le montant forfaitaire représente les montants périodiques payables qui étaient dus après la date de l'ordonnance ou l'entente écrite et qui étaient en retard;

- le montant forfaitaire est versé conformément à une ordonnance qui établit clairement une obligation de payer une pension alimentaire périodique rétroactive pour une période déterminée précédant la date de l'ordonnance.

Dans ces cas, le bénéficiaire qui doit payer des impôts peut remplir le formulaire T1198 (État d'un paiement forfaitaire rétroactif admissible), et l'ARC rajustera les impôts du bénéficiaire pour les années précédentes qui s'appliquent, afin de réduire les répercussions du montant unique. Lors d'un règlement ou du prononcé d'une ordonnance, il sera nécessaire de faire une estimation des répercussions fiscales pour les deux parties, si cette option est choisie. Pour une décision qui fait référence à cette méthode, voir *Frank c. Linn*, 2014 SKCA 87.