

MARIE-PIERRE DUBÉ-IZA

**LES FORMULES DE FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR
ENFANTS ET L'EXERCICE DE LA DISCRÉTION JUDICIAIRE :
LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE**

Mémoire
présenté
à la Faculté des études supérieures
pour l'obtention
du grade de maître en droit (LL.M.)

**FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LAVAL**

DÉCEMBRE 2000



National Library
of Canada

Acquisitions and
Bibliographic Services

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Acquisitions et
services bibliographiques

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file *Votre référence*

Our file *Notre référence*

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-56742-7

Canada

À mon père et à ma mère

*Qui, chacun à sa façon, ont contribué à enrichir
ma réflexion en favorisant mon évolution
personnelle et celle de mes travaux.*

Résumé

Les formules de fixation des pensions alimentaires pour enfants et l'exercice de la discrétion judiciaire : la recherche d'un équilibre

L'article 587 du *Code civil du Québec* et l'article 15(8) de la *Loi de 1985 sur le divorce* établissaient, jusqu'au 1^{er} mai 1997, un régime entièrement discrétionnaire lors de la fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur. Le tribunal devait, à la suite d'une séparation ou d'un divorce, évaluer les besoins de l'enfant et les moyens des parents avant de fixer le montant approprié payable par le parent non-gardien pour l'entretien et l'éducation de ses enfants. De nombreuses critiques ont mené à l'établissement de "barèmes" permettant le calcul de la pension alimentaire en fonction de lignes directrices applicables à des tables de fixation présumées correspondre aux besoins des enfants et aux facultés des parents. Dorénavant, la discrétion judiciaire ne doit s'exercer que dans le cadre des balises prévues par le législateur afin de tenir compte de situations familiales particulières. Ce mémoire a pour objectif de déterminer si l'exercice de la discrétion judiciaire découlant de la réforme ne risque pas de mettre en péril ses objectifs de prévisibilité et d'uniformité.

Avant-propos

L'aboutissement de ce projet signifie davantage pour moi que la simple obtention d'un diplôme de deuxième cycle universitaire. Au-delà des acquis académiques et du perfectionnement de mes habiletés dans la pratique quotidienne du droit, ce mémoire de maîtrise représente le fruit d'un long processus de maturation personnelle et un exercice de dépassement de soi.

Dans ce contexte, qu'il me soit permis de remercier chaleureusement ma famille et mes proches amis qui ont toujours cru en mes capacités et n'ont jamais cessé de me manifester encouragements et soutien par leur présence constante et leur fidélité tout au long de ce cheminement. Ces témoignages d'appréciation demeurent gravés dans mon cœur et dans mon esprit.

Plus spécialement, j'aimerais souligner la contribution essentielle et la collaboration avisée de mon directeur de recherche, monsieur Dominique Goubau. Toujours disponible, ses conseils précieux, ses critiques constructives et valorisantes ainsi que sa grande patience ont favorisé la réalisation concrète de cette recherche. C'est avec beaucoup de reconnaissance que je lui adresse mes remerciements pour avoir accepté de me guider et me diriger dans mes travaux.

Au surplus, je ne saurais passer sous silence toutes les personnes qui ont directement contribué de près ou de loin au perfectionnement de mon entreprise et plus spécifiquement : ma mère, Monique Dubé, mon copain, François Huot, et enfin Lucille Grondin, qui a dactylographié et mis en page ce mémoire de façon particulièrement professionnelle.

*En terminant, quelques remarques méthodologiques pertinentes s'imposent. Tout d'abord, les citations à l'intérieur du mémoire ont été construites en respectant les exigences du Manuel canadien de la référence juridique, (*Revue de droit de McGill*), Ontario, Carswell, 1998. Ensuite, j'ai choisi de ne pas mentionner les titres divers ou honorifiques des auteurs (avocat, M. (Mme) le juge, l'Honorable, professeur, etc.), et ceci, dans le seul but d'alléger le texte. Ainsi, toutes les références infra-paginales et la bibliographie ne reprendront que les initiales du prénom et le nom de famille de l'auteur, alors que, dans le corps du texte, le prénom sera mentionné au complet lors de la première citation seulement. De même, la forme masculine sera utilisée tout au long du texte.*

Quant à la recherche jurisprudentielle, elle vise à illustrer les problématiques exposées et, à cette fin, elle ne saurait être exhaustive sur tous les aspects faisant l'objet du mémoire sans inonder le lecteur. Ainsi, les jugements les plus intéressants à notre avis ont été sélectionnés en utilisant de préférence les recueils de jurisprudence spécialisés en droit de la famille dont notamment, au Canada, les Reports of Family Law (R.F.L.) et, au Québec, les Recueils de droit de la famille (R.D.F.). Ce mémoire expose le droit à jour au mois de mai 2000.

Table des matières

	PAGE
RÉSUMÉ	iii
AVANT-PROPOS	iv
TABLE DES MATIÈRES.....	v
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
<i>Chapitre I</i>	
<i>L'intérêt des enfants et l'exercice du pouvoir discrétionnaire</i>	6
Introduction.....	6
1. La fixation des pensions alimentaires pour enfants avant le 1 ^{er} mai 1997 : l'appréciation des besoins et des moyens	7
1.1. Les principes	7
1.2. Le contexte social.....	9
1.3. Des critiques aux solutions	13
2. La réponse du pouvoir judiciaire	18
2.1. La formule <i>Paras</i>	20
2.2. La formule <i>Levesque</i>	23
2.2.1. Calcul du revenu brut combiné des parents	24
2.2.2. Calcul du coût relatif à l'enfant.....	27
2.2.2.1. La règle du maintien du niveau de vie.....	28
2.2.2.2. Coûts attribuables à l'enfant	28
2.2.2.3. Le " test décisif"	30

	PAGE
2.2.3. Répartition du coût de l'enfant entre les parents	31
2.2.4. Ajustements de la part de chaque parent	33
2.3. La formule <i>Willick</i>	35
2.3.1. Les étapes proposées par la Cour suprême.....	36
2.3.2. La connaissance d'office et l'interprétation de la loi dans son contexte socio-économique.....	42
Conclusion.....	45
Chapitre II	
<i>La discrétion judiciaire normalisée par la législation instaurant les barèmes</i>	47
Introduction.....	47
1. La fixation des pensions alimentaires pour enfants depuis le 1er mai 1997 : l'uniformité de la loi.....	48
1.1 Les modifications législatives.....	48
1.2. Les objectifs	51
1.3. Un système présomptif.....	53
2. Le calcul de la pension alimentaire.....	58
2.1. Mode de fonctionnement du modèle fédéral et du modèle québécois	58
2.2. La contribution alimentaire de base	61
2.2.1. La détermination du revenu disponible	61
2.2.2. La prise en considération du temps de garde.....	63
2.3. Les ajouts à la contribution alimentaire de base : les frais relatifs à l'enfant ou dépenses spéciales.....	66
2.4. Les exceptions au caractère présomptif des barèmes.....	71
2.4.1. Un système consultatif	72
2.4.2. Les difficultés excessives.....	74
Conclusion.....	78

	PAGE
Chapitre III	
<i>Équité, prévisibilité et uniformité face aux particularités de chaque famille : l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire renouvelé</i>	79
Introduction.....	79
1. L'ajout de dépenses propres à chaque famille	81
1.1. Le caractère particulier ou extraordinaire de certains frais.....	84
1.1.1. Le test objectif : la nature de la dépense ou de l'activité	87
1.1.2. Le test subjectif tenant compte des revenus des parties.....	90
1.1.3. Le critère de la dépense comparée au niveau socio-économique.....	93
1.2. Le critère de référence justifiant l'ajout de dépenses extraordinaires ou de frais particuliers.....	98
2. Le système d'alarme des barèmes présomptifs : les difficultés excessives	102
2.1. Le caractère excessif de la difficulté.....	104
2.2. Les motifs de difficultés excessives	106
2.2.1. La disparité dans les revenus	107
2.2.2. Les conventions antérieures aux barèmes.....	110
2.2.3. Le non-exercice du droit d'accès.....	114
2.2.4. L'impact des familles reconstituées.....	119
Conclusion.....	123
CONCLUSION GÉNÉRALE	124
BIBLIOGRAPHIE	130
TABLE DE LA JURISPRUDENCE CITÉE	138

Introduction générale

Historiquement, la détermination de la pension alimentaire résulte de l'appréciation, par le tribunal, de la preuve qui lui est soumise au regard des besoins du débiteur et des moyens du créancier alimentaire. Lorsqu'il s'agit de la pension alimentaire accordée en faveur des enfants mineurs, l'intérêt de l'enfant constitue le critère devant guider l'exercice de la discrétion judiciaire lors de l'appréciation des besoins et des moyens.

Il en fut ainsi jusqu'au 1^{er} mai 1997, date d'entrée en vigueur de la réforme canadienne et québécoise du système de fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur. Les nouvelles règles, communément appelées barèmes ou formules de fixation, présument que la contribution alimentaire calculée selon celles-ci correspond aux besoins de l'enfant et aux facultés des parents. Il s'agit d'une présomption réfutable; aussi, des portes de sortie permettent-elles l'exercice de la discrétion judiciaire pour s'écarter du résultat obtenu en vertu des barèmes dans certaines situations particulières. D'un système entièrement discrétionnaire, la fixation des pensions alimentaires est donc passée à une méthode de fixation où cette discrétion s'exercera à l'intérieur du seul cadre législatif et réglementaire.

Notre propos vise à mettre en relief le conflit entre l'objectif de prévisibilité des décisions recherché par l'instauration de barèmes présomptifs et l'exercice de la discrétion judiciaire. Alors que les barèmes assurent une certaine cohérence et une objectivation des normes visant à atteindre un niveau de sécurité juridique donné, l'exercice du pouvoir discrétionnaire permet la considération de situations complexes particulières en raison de la souplesse inhérente à une telle prérogative. Or, le succès de la réforme instaurant une formule de fixation repose sur l'atteinte d'un équilibre entre les objectifs de prévisibilité des montants accordés et l'exercice de la discrétion judiciaire normalisée par les barèmes.

L'intérêt de cette discussion, trois ans après l'entrée en vigueur de la réforme, demeure d'actualité et s'enrichit des nombreuses décisions pertinentes rendues depuis le 1^{er} mai 1997. Après les premiers balbutiements inhérents à la mise en œuvre des mesures transitoires et à la suite des remous provoqués par l'adaptation à un nouveau régime, les véritables problématiques font surface. Certains courants jurisprudentiels méritant d'être analysés ne sont identifiés que depuis peu, alors que d'autres épineuses questions non résolues promettent un débat bien documenté et éclairé. La présente réflexion et le dépôt de ce mémoire coïncident d'ailleurs avec la présentation à l'Assemblée nationale, le 3 mai 2000, du *Rapport du Comité de suivi du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, par la ministre de la Justice du gouvernement du Québec¹.

La réforme précitée s'inscrit dans la foulée des nombreuses tentatives de normalisation présentes en droit de la famille, ainsi que dans le cadre des efforts du gouvernement pour s'engager davantage dans cette sphère d'activité. De toute évidence, un système basé sur des critères précis, uniformes et prévisibles tend à réduire les litiges en favorisant un mode alternatif de résolution des conflits, à l'instar de la médiation familiale obligatoire au Québec depuis le 1^{er} septembre 1997². Plus précisément, lorsque des questions touchent les enfants ou mettent en cause leur bien-être, c'est le meilleur intérêt de l'enfant qui doit guider les décisions prises à son endroit. La réforme du système de fixation de la pension alimentaire pour enfants traduit la volonté de l'État de baliser cette notion d'intérêt de l'enfant lors de l'octroi des aliments. Cette tentative législative de normalisation s'inscrit, nous le verrons, dans le cadre de semblables démarches du pouvoir judiciaire par le biais de l'usage de sa discrétion. L'intérêt d'un exposé portant sur la recherche d'un équilibre entre la norme imposée par les barèmes et la souplesse requise pour leur efficacité s'explique par ce mouvement législatif et jurisprudentiel caractérisé par une "réappropriation du droit de la

¹ QUÉBEC, *Rapport du Comité de suivi du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Québec, Ministère de la Justice, mars 2000 [ci-après COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS ou COMITÉ DE SUIVI]. Au fédéral, le ministre de la Justice doit procéder à l'examen de l'application des *Lignes directrices fédérales* et de la détermination de la pension alimentaire pour enfants cinq (5) ans après l'entrée en vigueur des barèmes, soit d'ici le 1^{er} mai 2002, selon l'article 28 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 3, modifiée par L.C. 1997, c. 1, art. 12. Au Québec, c'est l'article 4 de la *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68 [Projet de loi 68] qui disposait que le ministre de la Justice devait déposer, trois (3) ans après son entrée en vigueur, un rapport d'évaluation de l'application de la réforme.

² *Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code*, L.Q. 1997, c. 42.

famille”³. Celle-ci se traduit par l’objectivation des normes en matière familiale, incluant la notion d’intérêt de l’enfant.

La recherche du meilleur intérêt de l’enfant entraîne un questionnement par rapport à la reconnaissance de ses droits et la définition de ceux-ci. Ce critère peut exercer une fonction normative créatrice de droits pour l’enfant. Dans notre société, où l’enfant est reconnu comme véritable sujet de droit et non plus comme simple objet de droit, il devient légitime de se questionner sur la nécessité d’offrir des balises claires dans l’interprétation de ce qui constitue son meilleur intérêt, de sorte qu’une pleine reconnaissance de ses droits lui soit assurée, du moins dans la mesure prévue par la loi et non en fonction de l’arbitrage des différends opposant les adultes.

En effet, la notion d’intérêt de l’enfant comportera toujours des avantages, essentiellement démontrés par les critères subjectifs pouvant entrer en considération dans la définition de son contenu variable. Ce concept place l’enfant au centre des préoccupations, ce qui favorise la prise en compte de son bien-être à travers une notion à l’abri d’une définition stricte et rigide. Les critères déterminant l’intérêt de l’enfant demeurent flexibles, facilitant l’adaptation de cet objectif à diverses situations plus ou moins complexes susceptibles d’évoluer, grâce à son contenu malléable.

Les avantages du critère du meilleur intérêt de l’enfant portent le germe des critiques dont il est l’objet : une notion subjective indéterminée et floue ouvrant la porte à des décisions contradictoires, irrationnelles et arbitraires. L’absence de méthode permettant de dégager une norme ou un consensus sur les valeurs à considérer lorsqu’il est question de soupeser les divers intérêts en présence (dont l’intérêt de l’adulte), souvent opposés, propulse l’enfant au centre d’un conflit dont il demeure l’objet et non le sujet. Le respect de ses droits ne peut alors être garanti⁴.

³ D. GOUBAU propose une réflexion sur ce qu’il décrit comme un mouvement de “réappropriation du droit de la famille” par l’État et les juges, à travers l’objectivation des normes, dans une perspective globale du droit conjugal et du droit de l’enfance, dans “L’objectivation des normes en droit familial : une mission possible” (1998) 1 : 7 *Revue trimestrielle de droit familial* 7 à la p. 9.

⁴ Pour en savoir plus sur la notion du meilleur intérêt de l’enfant et ses critiques, consulter, entre autres : J. DOLGIN, “Why Has the Best-Interest Standard Survived? The Historic and Social Context” (1996) 16

Il demeure donc certainement dans le meilleur intérêt de l'enfant que des aliments appropriés et suffisants lui soient accordés lorsque survient une séparation. Dans la mesure où, aujourd'hui, les ruptures de la cellule familiale se traduisant par une séparation ou un divorce ne constituent plus l'exception, le système juridique ne résiste pas aux critiques d'une justice discrétionnaire, disposant au cas par cas. L'État a choisi de baliser la fixation des pensions alimentaires pour enfants non seulement afin de protéger les enfants des conséquences fâcheuses d'une séparation, mais également en raison des conséquences économiques qui en résultent. L'État doit souvent, en effet, compenser par le biais des programmes sociaux pour l'insuffisance des montants accordés ou pour leur non-paiement.

La première partie de cet exposé examinera donc le système de fixation de la pension alimentaire entièrement discrétionnaire et antérieur au 1^{er} mai 1997, de même que les tentatives jurisprudentielles pour créer des formules balisant le calcul de la pension alimentaire au profit de l'enfant mineur. Mais l'intention du gouvernement d'intervenir davantage en matière familiale se traduira par un choix politique conduisant à la réforme instaurant les barèmes.

Un survol des législations canadienne et québécoise sur les formules de fixation de la pension alimentaire permettra, dans la deuxième partie, l'identification des portes de sortie donnant ouverture à l'exercice de la discrétion judiciaire. Deux de celles-ci feront l'objet d'une analyse plus approfondie dans la troisième partie, à savoir l'ajout de frais supplémentaires à la contribution alimentaire de base et les difficultés excessives subies par l'une ou l'autre des parties à la suite de la fixation du montant obtenu en vertu des tables. Cet examen permettra de déterminer si l'équilibre entre la norme législative et la prise en considération de situations particulières peut être atteint sans mettre en péril les objectifs de la réforme, incluant ceux plus globaux de normalisation du droit de la famille. À cet égard, les commentaires du Comité de suivi du modèle québécois seront intégrés à notre analyse, actualisant ainsi le débat par la mise en relief des perspectives d'avenir du système.

Cet exposé privilégie l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence pertinentes au sujet avec, à l'occasion, une perspective de droit comparé; en effet, la plupart des pays anglo-saxons ont déjà adopté un système de barèmes dans la fixation de la pension alimentaire pour enfants. Le présent mémoire ne constitue cependant pas une analyse approfondie de droit comparé puisque seules les législations canadienne et québécoise seront examinées. Néanmoins, certaines références au droit comparé citées dans le texte permettront au lecteur soucieux d'approfondir l'étude de ces législations de s'y référer (d'autres sources étant par ailleurs disponibles dans la bibliographie). Enfin, le débat s'articule autour de la fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur dans un contexte de rupture de la famille. La fixation de la pension alimentaire pour l'enfant majeur, qu'il soit à la charge ou non de ses parents, obéit à des règles particulières pouvant faire l'objet d'une analyse distincte et ne sera pas considérée dans le cadre de cette étude.

Chapitre I

L'intérêt des enfants et l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[...][L]’exercice d’un pouvoir discrétionnaire reste essentiel, à mon avis, pour que justice soit rendue dans chaque cas étant donné l’infinie variété des situations dans lesquelles se trouvent les enfants et leurs parents [...] Les difficultés auxquelles se heurtent présentement les tribunaux dans l’appréciation des besoins des enfants et des moyens de les satisfaire ont sans doute précipité les demandes de réforme du droit qui, à leur tour, ont conduit à proposer l’adoption de directives en matière de fixation des pensions alimentaires⁵.

INTRODUCTION

L’obligation alimentaire se fonde sur l’établissement du lien de filiation, ce qui permet d’établir que “les parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments”⁶. Cette obligation générale, réciproque au sein de la relation parent-enfant, doit être nuancée lorsqu’il est question du versement d’une pension alimentaire pour l’enfant mineur. En effet, à cette obligation générale s’ajoute le devoir non réciproque pour le parent de nourrir et d’entretenir son enfant, éléments de l’autorité parentale⁷. Dans le cadre d’une rupture, séparation de corps ou divorce, les obligations alimentaires d’entretien et d’éducation de

⁵ *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670 aux pp. 710 et 725, juge L’HEUREUX-DUBÉ [ci-après *Willick*].

⁶ Art. 585 *Code civil du Québec* [ci-après C.c.Q.].

⁷ Art. 599 C.c.Q.

l'enfant demeurent présentes puisque le lien de filiation n'est pas affecté par le nouveau statut familial ni par le statut matrimonial des parents⁸. De plus, comme l'obligation imposée à ces derniers de nourrir et d'entretenir leur enfant "relève de la mission de protection et de socialisation dont sont investis les parents"⁹, ceux-ci y sont tenus personnellement en fonction de leur niveau de vie, et ce, peu importe la situation de fortune de l'enfant.

La fixation du *quantum* de cette obligation dépend de l'exercice de la discrétion judiciaire du tribunal depuis des décennies, voire depuis que cette obligation même existe. Or, les tribunaux ont été la cible de virulentes critiques au milieu des années 1980, notamment à la suite d'études mettant en lumière le phénomène de féminisation de la pauvreté étroitement lié à l'augmentation des séparations et des divorces. C'est ainsi que le début des années 1990 se caractérise par la naissance de véritables formules jurisprudentielles balisant ce pouvoir discrétionnaire. Ce chapitre sera consacré à la description de ces deux périodes charnières, essentielles à la compréhension du contexte social, politique et économique dans lequel évolue la réforme instaurant les barèmes.

1. LA FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS AVANT LE 1^{er} MAI 1997 : L'APPRÉCIATION DES BESOINS ET DES MOYENS

1.1. LES PRINCIPES

Avant l'entrée en vigueur des barèmes le 1^{er} mai 1997, le calcul de la pension alimentaire s'effectue au Québec selon le test *besoins-moyens*, que ce soit en vertu du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur le divorce*¹⁰. En effet, en droit civil, c'est-à-dire lors d'une demande en séparation de corps ou d'une requête survenue après la rupture d'un couple vivant en union

⁸ Art. 522 C.c.Q., qui prescrit que "[t]ous les enfants dont la filiation est établie ont les mêmes droits et les mêmes obligations, quelles que soient les circonstances de leur naissance".

⁹ D. GOUBAU, "Les aliments" dans *Droit de la famille québécois*, Farnham (Qué.), Publications CCH, 1998, 5,001 à la p. 5,303.

¹⁰ Dans ce chapitre, dorénavant, la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 3, en vigueur avant le 1^{er} mai 1997, sera désignée par la *Loi de 1985 sur le divorce*.

libre, c'est l'article 587 C.c.Q. qui dispose du calcul de la contribution alimentaire en édictant que :

Les aliments sont accordés en tenant compte des besoins et des facultés des parties, des circonstances dans lesquelles elles se trouvent et, s'il y a lieu, du temps nécessaire au créancier pour acquérir une autonomie suffisante.

Dans le cadre d'une procédure en divorce, c'est la *Loi de 1985 sur le divorce* qui s'applique¹¹. L'article 15(8) de cette dernière se lit comme suit :

L'ordonnance rendue pour les aliments d'un enfant à charge conformément au présent article vise :

- a) à prendre en compte l'obligation financière commune des époux de subvenir aux besoins de l'enfant;*
- b) à répartir cette obligation entre eux en proportion de leurs ressources.*

Ces deux dispositions constituent, à elles seules, le fondement du calcul de la pension alimentaire pour l'enfant mineur dans le système discrétionnaire précédant l'adoption des barèmes. Leur reproduction ci-dessus fait ressortir toute la place laissée à l'appréciation du juge pour évaluer les besoins des enfants, les facultés des parties et la façon de répartir l'obligation entre elles. Sur ce dernier point, le *Code civil du Québec* demeure silencieux, laissant le soin au tribunal de déterminer comment il la répartira entre les ex-conjoints.

Dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, le tribunal doit s'assurer que la pension alimentaire fixée pour l'entretien et l'éducation de l'enfant est adéquate et suffisante afin de minimiser, dans la mesure du possible, les conséquences néfastes de la rupture chez ce dernier. Pour ce faire, le seul critère législatif guidant l'exercice de la discrétion consiste à prendre en considération l'intérêt de l'enfant et à s'assurer du respect de ses droits lors de toutes les décisions prises à son égard, tel que le prévoit l'article 33 C.c.Q. Cet article précise qu'en plus de son milieu familial et des autres aspects caractérisant la situation de l'enfant, le juge doit considérer les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, l'âge, la santé et le caractère de ce dernier. Ces critères peuvent baliser l'exercice de la discrétion du tribunal, bien qu'aucune priorité ne soit accordée à un élément par rapport à un autre, l'appréciation

¹¹ Le mariage et le divorce relèvent de la compétence fédérale, *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(26), reproduite dans L.R.C. 1985, app.II, n. 5.

du juge demeurant liée à la situation présentée devant lui et à sa perception du bien-être de l'enfant.

Enfin, les tribunaux demeurent responsables de la détermination de montants appropriés, et ce, même s'ils sont tributaires de la preuve soumise par les ex-conjoints tant à propos des besoins de l'enfant concerné que de leurs propres ressources. Devant une preuve inadéquate ou incomplète, le juge peut refuser de se prononcer; il agit ainsi à titre de gardien d'un droit de l'enfant que le tribunal doit sauvegarder en raison de son caractère d'ordre public¹².

1.2. LE CONTEXTE SOCIAL

L'attribution d'une pension alimentaire au profit de l'enfant mineur intervient dans un contexte social où, au cours des dernières décennies, la famille a subi des changements profonds et a évolué rapidement. Le droit de la famille ne peut rester imperméable à ces transformations majeures. La discrétion judiciaire dont bénéficiait le tribunal avant le 1^{er} mai 1997 devait lui offrir la souplesse nécessaire à la fixation d'un montant équitable et correspondant aux besoins de l'enfant. Or, ce contexte social dans lequel évoluent les juges et les parties fait en sorte que cette responsabilité doit dorénavant être partagée avec l'État, qui a un intérêt à ce que les montants accordés soient suffisants.

L'État est en effet appelé à jouer un rôle complémentaire, par le biais de ses diverses législations sociales, lorsque la solidarité familiale fait défaut¹³. Il assume ainsi de plus en plus de responsabilités sociales autrefois dévolues à la famille, le concept de solidarité

¹² Ce que la Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857 à la p. 869 [ci-après *Richardson*] en permettant que soit ré-examinée une convention entre époux pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant : "[...][l]e conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant" [notes omises]. Sur le caractère d'ordre public de la pension alimentaire destinée à l'enfant, voir : *Droit de la famille-1566*, [1992] R.D.F. 222 (C.A.); *Droit de la famille-954*, [1992] R.D.F. 156 (C.A.) et *Droit de la famille-941*, [1991] R.D.F. 502 (C.A.) cités par D. GOUBAU, *supra* note 9 à la p. 6,002. Les tribunaux ont reconnu le droit des ex-conjoints de conclure des conventions sur la pension alimentaire, celui-ci n'étant pas contraire à l'ordre public. C'est le juge qui doit alors s'assurer du respect des droits de l'enfant avant d'entériner une convention en examinant, dans l'exercice de sa discrétion judiciaire, les besoins et les moyens des parties, celles-ci ne pouvant valablement renoncer au droit à des aliments : *Montmigny c. Bergeron*, [1978] C.A. 371 et *Droit de la famille-838*, [1990] R.D.F. 377 (C.A.). Sur la question des conventions entre époux en matière alimentaire, les deux arrêts suivants sont très intéressants, bien que le litige porte sur les obligations entre conjoints : *Ménard c. Ricard*, [1974] C.A. 157 et *Ruel c. Thomas* [1982] C.A. 357.

¹³ D. GOUBAU, *supra* note 9 à la p. 5,203.

familiale s'étant modifié au rythme des transformations de la cellule familiale. Ce rôle complémentaire de l'État se traduit habituellement par une aide financière provenant des programmes sociaux. Or, les conséquences économiques de la dissolution d'une famille ne sont plus à démontrer, et ce, peu importe le niveau de vie de cette dernière. Lorsqu'une famille est unie, des arrangements, souvent tacites, prévoient la répartition des ressources et des tâches afin que tous les membres profitent du même niveau de vie. Lors d'une rupture, l'entité familiale ne bénéficie plus des économies d'échelle. Elle doit repenser l'allocation de ses ressources en fonction de l'établissement de deux ménages et de l'augmentation des dépenses qui s'ensuit.

Bien que l'État n'ait pas systématiquement à intervenir après une rupture pour compenser la perte de solidarité économique, il n'en demeure pas moins qu'il doit veiller à ce que le système de fixation des pensions alimentaires permette une ré-allocation des ressources équitable, tant pour les familles pauvres ou moyennes que pour celles plus aisées. Or, le droit de la famille fait maintenant face à une nouvelle dimension économique importante et découlant de la dissolution du mariage ou de la séparation : le phénomène de féminisation de la pauvreté¹⁴. Une des conséquences néfastes du divorce ou de la séparation est l'appauvrissement des femmes et des enfants, auquel contribuerait le système judiciaire par le sort qu'il réserve aux demandes alimentaires.

¹⁴ Il existe de nombreux écrits sur la féminisation de la pauvreté, notamment : C. L'HEUREUX-DUBÉ, "Les récents développements en droit familial : allocution présentée au Colloque organisé par le service de formation permanente du Barreau du Québec tenu à Montréal le 17 septembre 1992 et à Québec le 18 septembre 1992" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 259 à la page 261 (ci-après "Les récents développements en droit familial"), où le juge L'HEUREUX-DUBÉ, s'adressant aux praticiens du droit, tente de les sensibiliser à cette nouvelle réalité. Dans un autre article, "Au-delà des mythes : justice" (1994) 7 *Revue Femmes et Droit* 1, C. L'HEUREUX-DUBÉ essaie de démontrer que les préjugés présents dans l'ensemble de la société perpétuent des traitements injustifiés pour les femmes, même si les règles de droit ont changé. Ainsi, le stéréotype de l'épouse qui veut la ruine de son mari au moment du divorce ne représente pas la réalité vécue par les femmes, des études faisant plutôt ressortir le phénomène de féminisation de la pauvreté. À ce sujet, voir aussi S. PILON, "La pension alimentaire comme facteur d'appauvrissement des femmes et des enfants en droit québécois" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 349. Dans une perspective d'adoption de lignes directrices ou de barèmes, consulter : E.D. PASK, "Gender Bias and Child Support: Sharing the Poverty?" (1994) 10 *C.F.L.Q.* 33 et E.B. ZWEIBEL, "Child Support Policy and Child Support Guidelines: Broadening the Agenda" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 371.

Plusieurs études menées notamment en Angleterre¹⁵, en Australie¹⁶ et aux États-Unis¹⁷ (pays ayant tous adopté des barèmes dans la fixation des pensions alimentaires pour enfants au début des années 1990) ont souligné la forte corrélation entre le divorce et la féminisation de la pauvreté au milieu des années 1980. L'étude la plus souvent citée, celle de la chercheuse californienne Leonore WEITZMAN, rapporte qu'aux États-Unis, à la suite d'un divorce, les hommes bénéficieraient d'une augmentation moyenne de leur niveau de vie de 42 %, tandis que les femmes (et les enfants dont elles ont le plus souvent la garde) souffriraient d'une diminution équivalente à 73 %¹⁸.

Au Canada, le rapport publié par le ministre fédéral de la Justice¹⁹ concernant l'évaluation de la *Loi de 1985 sur le divorce* révèle qu'environ 46 % des femmes ont sombré sous le seuil de la pauvreté après le divorce, alors que la proportion était de 60 % en vertu de la *Loi sur le divorce de 1968*²⁰. Récemment, Statistique Canada confirme à nouveau cette tendance dans une étude sur les répercussions financières des séparations, les femmes subissant une perte de revenu de l'ordre de 23 % dans l'année suivant la rupture, à moins qu'elles ne se retrouvent à nouveau en couple. Quant aux hommes, ils connaîtraient une hausse de 10 % après la rupture, leur situation n'étant pas grandement affectée par leur statut matrimonial (qu'ils soient seuls, à la tête d'une famille monoparentale ou à nouveau en couple)²¹. Appauvries par le divorce ou la séparation, les femmes demeurent majoritairement responsables de la garde des

¹⁵ J. EEKELAAR et M. MACLEAN, *Maintenance After Divorce*, Oxford, Clarendon Press, 1986 et M. D.A. FREEMAN, ed., *The State, the Law and the Family : Critical Perspectives*, London, Sweet and Maxwell, 1984 au c. 13, cités par C. L'HEUREUX-DUBÉ, "Les récents développements en droit familial", *ibid.* à la page 261.

¹⁶ P. MACDONALD, *The Economic Consequences of Marriage Breakdown in Australia : A Summary*, Melbourne, Institute of Family Studies, 1985; J.A. SCUTT, *Women and the Law*, Melbourne, The Law Book Company, 1990 et R. GRAYCAR et J. MORGAN, *The Hidden Gender of Law*, Annandale (NSW), The Federation Press, 1990, cités par C. L'HEUREUX-DUBÉ, "Les récents développements en droit familial", *supra* note 14 à la page 261.

¹⁷ L.J. WEITZMAN, *The Divorce Revolution : the Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America*, New York, Free Press, 1985 et D.L. CHAMBERS, *Making Fathers Pay*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, cités par C. L'HEUREUX-DUBÉ, "Les récents développements en droit familial", *supra* note 14 à la page 261.

¹⁸ L.J. WEITZMAN, *ibid.*

¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce. Phase II : Contrôle et Évaluation*, Ottawa, Bureau de révision, mai 1990 à la page 49; C. L'HEUREUX-DUBÉ, *supra* note 14 à la page 261.

²⁰ *Loi sur le divorce de 1968*, S.R.C. 1970, c. D-8.

²¹ STATISTIQUE CANADA, Division de l'analyse des enquêtes sur le travail et les ménages, *Revenu familial après séparation*, Ottawa, Statistique Canada, 1997.

enfants²². Ainsi, les familles monoparentales sont principalement dirigées par des femmes²³ dont la plupart vivent sous le seuil de la pauvreté²⁴, entraînant avec elles les enfants dont elles ont la charge. Ce constat, jumelé aux chiffres faisant état, année après année, de l'augmentation des séparations et des divorces²⁵, démontre l'importance de trouver une solution permettant d'optimiser le système de fixation des pensions alimentaires pour enfants afin que ceux-ci soient assurés d'un niveau de vie adéquat à leurs besoins. La pauvreté des enfants, inacceptable dans tous les cas, ne devrait certes pas être une conséquence de la séparation des adultes.

Si le divorce et la séparation représentaient auparavant une exception, un mal que le tribunal devait "soigner" en fonction de chaque situation particulière, peut-il encore en être ainsi en présence d'un phénomène si répandu ? Lorsqu'une situation se révèle exceptionnelle ou marginale, il est possible d'y remédier en tenant compte des particularités de l'espèce, la discrétion judiciaire pouvant jouer son rôle en permettant au système juridique de demeurer

²² Selon les statistiques disponibles les plus récentes, en 1996, 71 % des enfants sont confiés à la garde de la mère, 15 % à celle du père et seulement 13 % des enfants sont soumis à une garde partagée : CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, et BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Un portrait statistique des familles et des enfants au Québec*, Québec, le Conseil, le Ministère, le Bureau, 1999, aux pp. 118-119 [ci-après CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE ET AL.]. L'échantillon analysé par le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS confirme ces statistiques avec un échantillon défini à l'intérieur de la population totale correspondant à toutes les ordonnances alimentaires rendues entre le 1^{er} septembre 1997 et le 31 décembre 1998. Ainsi, selon le rapport de ce comité, *supra* note 1 à la p. 41, dans 71 % des cas, la garde exclusive est accordée à la mère alors que, dans 5 % des cas elle est accordée au père. La garde exclusive avec droit de visite et de sortie prolongé représente 9 % des cas, la garde exclusive à chacun des parents, 7 % et enfin la garde partagée, 7 %.

²³ En 1996 au Québec, 24 % des familles avec enfants sont monoparentales, dont 81,6 % sont dirigées par des femmes, *ibid.* aux pp. 80 et 82.

²⁴ En 1996 au Québec, la proportion des familles à faible revenu était de 22,1 %, dont 60 % étaient constituées de familles monoparentales dirigées par des femmes. Enfin, plus de 55 % des familles à faible revenu sont monoparentales, *supra* note 22 à la p. 181. L'échantillon du COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 22, reflète des statistiques semblables : le revenu de la mère se situe, dans la majorité des cas, dans la tranche de revenu de 0 à 14 999 \$ (63 % des cas) et il est, en général, de beaucoup inférieur au revenu du père, *supra* note 1 à la p. 32.

²⁵ En 1969 au Québec, 2957 divorces ont été prononcés. Dix ans plus tard, ce chiffre passe à 14 379 et il atteint 18 078 en 1996. L'indice synthétique de divortialité (estimation de la proportion des mariages qui se terminent par un divorce selon les comportements d'une année donnée) révèle que, pour l'année 1996, 49 % des mariages se termineront par un divorce : BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *La situation démographique au Québec - édition 1998/ Louis Duchesne*, Québec, Les Publications du Québec, 1998 aux pp. 67-68. À ces statistiques, il faut ajouter le nombre de séparations de corps et les ruptures des couples vivant en concubinage, ce qui est difficile à recenser pour ces derniers en raison de l'absence de formalisme tant de leur union que de la dissolution de celui-ci. Néanmoins, les statistiques révèlent l'ampleur du phénomène de l'union libre, CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE ET AL., *supra* note 22 aux pp. 25, 73 et 115 : en 1996 au Québec, 20,5 % des couples vivent en concubinage, comparativement à 11,7 % au Canada. Ce type d'union est le plus répandu chez les jeunes (25 à 29 ans) où 30 % vivent en union libre. Ainsi, plus de la moitié des naissances surviennent hors des liens du mariage (55 % en 1997).

performant. Peut-il en être ainsi lorsque la moitié des mariages se terminent par un divorce ? Sans prétendre que la dissolution d'une famille soit normale, disons plutôt que cette situation s'est normalisée, en ce sens qu'elle n'est plus marginalisée par la société. Comment se surprendre alors que, dans un tel contexte, les règles régissant les ruptures se normalisent également et tendent vers une plus grande uniformisation ?

L'intervention de l'État en matière de fixation de la pension alimentaire pour enfants se justifie pleinement dans ce contexte. Le bien-être des enfants doit demeurer une préoccupation collective, et non le seul apanage des tribunaux malgré leur rôle de gardiens de l'ordre public.

1.3. DES CRITIQUES AUX SOLUTIONS

Si les études menées dans les années 1980 permirent de mieux comprendre le phénomène de féminisation de la pauvreté et ses conséquences sur les enfants du divorce, le début des années 1990 se caractérise par une volonté, tant gouvernementale que judiciaire, d'apporter des solutions.

Au Canada, le Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, mis sur pied en juin 1990 par les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux responsables de la Justice, rend public un rapport d'où se dégagent trois principales critiques du système de fixation des pensions alimentaires pour enfants²⁶. D'abord, le plus important constat : l'insuffisance des montants accordés. Ensuite, le manque d'uniformité dans l'octroi des pensions alimentaires ou la disparité des montants fixés d'un tribunal à l'autre font ressortir le caractère inéquitable du système en ce que des sommes différentes sont octroyées dans des situations familiales par ailleurs similaires. Il en résulte un sentiment d'injustice, de méfiance et une perte de confiance à l'égard du système judiciaire²⁷.

²⁶ CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille : Pensions alimentaires pour enfants - Document de travail public*, Ottawa, juin 1991 [ci-après COMITÉ FÉDÉRAL].

²⁷ *Ibid.*

La principale difficulté réside dans l'évaluation, pour les parties, les avocats et les juges, de ce qu'il en coûte pour élever et éduquer un enfant, le parent demandeur devant faire la preuve des besoins de celui-ci dans le système discrétionnaire²⁸. Les *Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec en matière familiale*²⁹ prévoient la production d'un état assermenté des revenus et dépenses et d'un bilan faisant état de la situation financière de la partie qui réclame une pension alimentaire. Or, ce n'est que depuis novembre 1994 que ces *Règles de pratique* prévoient la production d'un état des dépenses séparé pour établir les besoins de l'enfant³⁰, dans les situations où la pension réclamée ne vise que ce dernier. Autrement, les besoins de l'enfant sont inclus dans le budget de l'ex-conjoint réclamant une pension pour lui-même, ce qui rend l'évaluation du "coût de l'enfant" encore plus arbitraire. En pratique, l'estimation des besoins de l'enfant et la préparation d'un état financier constituent un exercice délicat puisque le parent gardien ne bénéficie pas de l'expérience de ce qu'il en coûte de vivre séparé, comme le souligne à juste titre la Cour d'appel de l'Alberta :

*We agree that the parties often underestimate costs. Typically, the custodial parent has little experience in the pricing of child-rearing in a separated household, or at all. And even that minimal experience often has been distorted by adoption of a new life-style selected of necessity after separation because of what the supporting parent, or social services, had offered as interim support. The non-custodial parent, typically, is also struggling with a new situation. There is every reason to fear that neither have any great insight into what level of expenditure is appropriate for the child in this new situation*³¹.

De plus, le parent gardien doit tenir compte de la capacité de payer du débiteur dans l'élaboration de son budget. Or, si le débiteur admet sa capacité de payer la somme réclamée, il n'est pas tenu de produire son propre bilan³², à moins que le juge n'en décide autrement. Il peut arriver que le débiteur dispose de ressources lui permettant de contribuer davantage à l'entretien de l'enfant, mais la preuve de ces ressources demeure incomplète pour le tribunal.

²⁸ À cet égard, même les économistes ne s'entendent pas sur une méthode d'évaluation des coûts des enfants, consulter : CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants - Rapport de recherche*, Ottawa, mai 1992.

²⁹ R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9, en vigueur avant le 1^{er} mai 1997 [ci-après *Règles de pratique*].

³⁰ (1994) 126 G.O. II, 6199, art. 18.

³¹ *Levesque c. Levesque* (1994), 20 Alta L.R. (3d) 429 à la p. 438 (Alta. C.A.) [ci-après *Levesque*].

³² Art. 22 *Règles de pratique*.

L'insuffisance des ressources financières lors de la rupture constitue aussi un facteur expliquant le fait que les tribunaux se retrouvent dans l'obligation de fixer un montant de pension alimentaire en fonction des ressources du débiteur plutôt qu'en fonction des besoins de l'enfant³³. Mais au-delà de la sous-estimation des coûts de l'entretien de l'enfant ou de la disponibilité des ressources des parties se pose la question de la répartition de ces coûts en proportion des ressources disponibles des parents. Lors de cette répartition, les tribunaux se font reprocher de ne pas prendre en considération ce qu'il convient d'appeler les coûts cachés reliés à la responsabilité d'assumer la garde d'un enfant. En fait, les coûts réels inhérents à l'entretien et à l'éducation d'un enfant comprennent des coûts directs et indirects. Les premiers incluent tous les postes que l'on peut retrouver dans un budget, tels le logement, la nourriture, le transport, les vêtements, les activités parascolaires, les frais de garde et ainsi de suite. Quant aux seconds, ils représentent "la valeur estimée des tâches additionnelles liées à l'entretien du foyer, au magasinage, à la maternité et aux soins maternels qu'assume le conjoint gardien, ainsi que le coût de renonciation résultant de ces responsabilités"³⁴.

Bien que la législation, au Québec et au Canada, reconnaisse l'égalité des époux devant la loi en ce qu'ils partagent les mêmes obligations, les études sociologiques et féministes dénoncent ce qu'elles définissent comme une *égalité formelle* ne correspondant pas à la situation réelle telle que vécue par les conjoints au quotidien. Une fois encore, le contexte social intervient là où des études démontrent que ces femmes, obtenant majoritairement la garde des enfants³⁵, entreprennent leur deuxième quart de travail à la maison³⁶. Elles assument donc dans les

³³ Willick, *supra* note 5 à la p. 717, juge L'HEUREUX-DUBÉ. La Cour suprême attire l'attention sur cette problématique dans le contexte de la présentation au tribunal de demandes de modification de la pension alimentaire initiale, en précisant que les ordonnances modificatives devraient davantage tenir compte de cette réalité sociale. La Cour cite C.J. ROGERSON, "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provision of the Divorce Act 1985 (Part II)" (1991) 7 C.F.L.Q. 271 aux pp. 285-286, qui dénonce le fait que les tribunaux posent comme postulat que la pension initialement fixée était suffisante, ce qui est loin d'être toujours le cas.

³⁴ Willick, *supra* note 5 à la p. 720, juge L'HEUREUX-DUBÉ.

³⁵ *Supra* note 23.

³⁶ S.B. BOYD, "The Second Shift : Working Parents and the Revolution at Home. By Arlie Hochschild with Anne Machung (New York : Viking, 1989)" (1990) 4 *Revue Femmes et Droit* 325. Ainsi, des études révèlent que l'impact économique du rôle joué par les femmes au sein de la famille se traduit, au Canada, par une contribution non monétaire de 20 à 27 heures par semaine pour les soins à donner aux enfants: voir COMITÉ FÉDÉRAL, *supra* note 26 à la p. 6. Aux États-Unis, une étude révèle qu'une femme monoparentale ayant la garde d'un enfant dépense en moyenne 18,89 heures par semaine de travail aux soins et activités reliés à l'éducation de l'enfant, ce qui, ajouté à sa semaine de travail, équivaut à une semaine de 75,31 heures. L'homme n'ayant pas la garde d'un enfant dépenserait 8,5 heures liées aux soins, pour une semaine totale de 65,1 heures : voir E.B. ZWEIBEL, *supra* note 14 à la p. 393.

faits un deuxième emploi, ce dernier entraînant des conséquences pouvant aller jusqu'au sacrifice d'une carrière par choix ou nécessité : absences répétées si l'enfant est malade ou doit se rendre chez le dentiste ou le médecin, refus d'une promotion (faute de temps) ou impossibilité d'accomplir des heures supplémentaires en raison de l'obligation de reprendre l'enfant aux heures de fermeture de la garderie³⁷. Cette réalité serait sous-estimée par la société, le principe d'égalité en faussant la perception. Par exemple, même si les pères tendent à s'impliquer davantage auprès des enfants, leur participation ne se traduit pas tant par les soins quotidiens que par les jeux ou les loisirs³⁸.

Ainsi, malgré toute la discrétion dont dispose le tribunal dans la fixation d'un montant de pension alimentaire, les critiques à l'endroit du système demeurent. Il faut dire que, dans près de 80 % des cas, les dossiers se règlent à la suite d'une entente entre les parties³⁹, ces dernières et les praticiens du droit demeurant insécures quant au sort qui serait éventuellement réservé à leur dossier lors d'un procès. Si le tribunal a l'obligation de s'assurer que l'entente respecte les principes d'attribution de la pension alimentaire et répond au critère du meilleur intérêt de l'enfant, c'est avec beaucoup de circonspection qu'un juge remettra en cause une convention conclue entre les parties. C'est donc avec hésitation et prudence qu'ils s'immiscent dans le processus de négociation des parties, surtout lorsque la convention incluant les dispositions alimentaires règle l'ensemble des mesures accessoires. Ce refus d'intervention des tribunaux relève plutôt du *non-exercice* de sa discrétion judiciaire, la même critique pouvant être adressée aux Cours d'appel. En effet, celles-ci s'abstiennent également d'intervenir en matière alimentaire à moins d'une erreur déraisonnable ou d'une injustice flagrante, au motif que le *quantum* de la pension alimentaire relève du pouvoir d'appréciation des faits du juge de première instance, et ce, même si le constat socio-économique de la pauvreté des femmes et des enfants justifierait parfois leur intervention⁴⁰.

³⁷ Voir S. PILON et C. L'HEUREUX-DUBÉ, *supra* note 14.

³⁸ S.B. BOYD, *supra* note 36. De plus, rappelons que contrairement à la croyance populaire, les statistiques révèlent que la garde partagée n'atteint pas plus de 13 % des cas en 1996, *supra* note 22.

³⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *supra* note 19 à la p. 49.

⁴⁰ S. PILON, *supra* note 14 à la p. 365.

Les années 1990 ont donc amené leur lot de solutions avec, d'abord, la formation du Comité fédéral qui publiait en juin 1991 son premier document de travail public⁴¹ où différentes possibilités ou réformes étaient envisagées. Le Comité fédéral sollicite alors des commentaires et l'opinion du public sur les questions touchant la fixation des pensions alimentaires pour enfants. Déjà, l'option de règles de fixation est soumise à la consultation.

Parallèlement, au Québec, un comité interministériel sur la fixation des pensions alimentaires avait été mis sur pied dès 1989 afin d'étudier cette question en rapport avec les engagements du gouvernement en matière familiale, dans l'optique des préoccupations liées à la justice, la sécurité du revenu et la politique familiale⁴². En mai 1992, le Comité fédéral dépose un rapport de recherche⁴³ proposant plusieurs modèles économiques afin de déterminer les dépenses moyennes engagées pour les enfants au Canada. Il analyse également de façon critique l'application de différentes formules de fixation de pensions alimentaires à ces modèles économiques.

La période de consultation sur les deux rapports du Comité fédéral se termine en décembre 1992. Il faut attendre janvier 1995 pour connaître les recommandations de ce Comité fédéral⁴⁴, lesquelles ont conduit à ce qu'il convient de qualifier de plus grande réforme du droit de la famille depuis les années 1980. Les résultats des consultations ont démontré que la population en général appuie fortement l'idée des barèmes de fixation des pensions alimentaires pour enfants, mais que le public se montre extrêmement sceptique à l'égard des modèles économiques et des faibles montants de pension en découlant, selon les différentes hypothèses présentées au rapport de recherche. Le Comité fédéral recommandera donc l'adoption de barèmes de fixation, mais à partir de ses propres formules et modèles

⁴¹ *Supra* note 26.

⁴² F. GAUVIN, "Le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants" dans *Développements récents en droit familial* (1997), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997, 135 à la p. 140.

⁴³ *Supra* note 28.

⁴⁴ CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants*, Ottawa, janvier 1995.

d'évaluation de dépenses reliées aux enfants, ne retenant pas ainsi les modèles proposés dans le rapport de recherche de 1992⁴⁵.

Le Comité fédéral a également examiné une autre option que l'adoption d'une formule. En effet, il envisageait l'amélioration du système en fournissant aux tribunaux des données sur les dépenses occasionnées par les enfants. Lors de la période de consultation, le Comité fédéral a constaté que le Barreau du Québec, la Chambre des notaires du Québec et un groupe québécois de défense des droits des pères privilégiaient cette deuxième solution et s'opposaient à la restriction de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux par l'adoption d'une formule. Le ministère de la Justice du Québec avait aussi manifesté des réserves quant à "l'opportunité de rechercher en cette matière une solution législative unique applicable à l'ensemble des ordonnances de pensions alimentaires rendues au Canada en faveur des enfants"⁴⁶. Il préférerait plutôt laisser aux provinces le choix d'adopter leurs propres lignes directrices et, comme nous le verrons au chapitre II, les modifications à la *Loi de 1985 sur le divorce* ont effectivement permis la réalisation de cet objectif.

Il est donc intéressant de constater que l'opportunité de fournir aux tribunaux des données sur les coûts liés à l'entretien et l'éducation des enfants a été envisagée, puisque la prochaine section sera consacrée aux solutions élaborées par le pouvoir judiciaire et qui visaient une meilleure évaluation des coûts d'entretien et d'éducation des enfants conduisant à une fixation de pension alimentaire plus juste et équitable.

2. LA RÉPONSE DU POUVOIR JUDICIAIRE

En réponse aux différentes critiques que nous venons d'exposer, les tribunaux ont devancé le pouvoir législatif en élaborant des balises guidant l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les formules jurisprudentielles en matière alimentaire ne constituent pourtant pas un

⁴⁵ Ces différents modèles sont expliqués au chapitre II, *infra* section 1.3 aux pp. 54 et ss.

⁴⁶ Réserve générale de la province de Québec concernant le rapport du COMITÉ FÉDÉRAL, *supra* note 44 à la p. 104.

phénomène nouveau. Christine DAVIES débute son article sur l'émergence de ce type de formules en énonçant la "règle du tiers" :

Judicial support guidelines are by no means new. It was the general practice of the Ecclesiastical Courts, in assessing alimony after a divorce a mensa et thoro, to award the wife one third of the husband's income. The justification for the rule was that in a typical case the court was concerned with three groups of needs – those of the wife, those of the husband and those of the children for whose support the husband was liable. The "one third rule" fell into disfavour over the years but was revived by the English divorce courts in the 70s [notes omises]⁴⁷.

Bien que des principes jurisprudentiels aient été établis au fil des ans de façon plus ou moins claire, c'est en 1994 que la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Levesque*⁴⁸ et, quelques mois plus tard, la Cour suprême dans l'arrêt *Willick*⁴⁹ proposent des lignes directrices jurisprudentielles. Mais la première véritable formule jurisprudentielle émane de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Paras c. Paras*⁵⁰, que les décisions *Levesque* et *Willick* ont reprise dans l'élaboration de leurs propres balises. Nous exposerons donc, dans un premier temps, les principes de la formule *Paras*, pour ensuite procéder à l'analyse des formules *Levesque* et *Willick* en faisant ressortir, à chacune des étapes, la façon dont ces principes ont été reçus ou étaient déjà appliqués, le cas échéant, au Québec et au Canada⁵¹.

⁴⁷ C. DAVIES, "The Emergence of Judicial Child Support Guidelines" (1995-96) 13 C.F.L.Q. 89 à la p. 89.

⁴⁸ *Supra* note 31.

⁴⁹ *Supra* note 5.

⁵⁰ *Paras c. Paras* (1971), 2 R.F.L. 130 (Ont. C.A.) [ci-après *Paras*].

⁵¹ Il serait inutile, et surtout fastidieux, d'effectuer une revue complète de la jurisprudence sur le sujet. Beaucoup d'auteurs ont déjà fait cet exercice et abordé la difficile question de l'évaluation de la pension alimentaire pour enfants, notamment R.J. WILLIAMS, "Quantification of Child Support" (1989) 18 R.F.L. (3d) 234; C.J. ROGERSON, *supra* note 33. Plus précisément sur l'émergence de formules jurisprudentielles, consulter: W.R.E. GOODFELLOW, "Spousal Support after *Moge* (S.C.C.); Child Support after *Thibaudeau* (S.C.C.) and *Levesque* (Alta. C.A.); Do These Decisions Really Change Support Law?" (1996-97) 14 C.F.L.Q. 1; C. DAVIES, *supra* note 47; A.A. MAMO, "Apportionment of Child Care Costs: the Emergence of Judicial Guidelines" (1995-96) 13 C.F.L.Q. 111; A. BISSETT-JOHNSON, "Reform of the Law of Child Support: by Judicial Decision or by Legislation? (Pt. 1)" (1995) 74 R du B. Can. 585; J.D. PAYNE, "Spousal and Child Support After *Moge*, *Willick* and *Levesque*" (1994-95) 12 C.F.L.Q. 261; S. PILON, "Comment plaider une pension alimentaire pour l'enfant mineur: les critères de fixation d'une telle pension" dans *Développements récents en droit familial* (1994), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 67.

2.1. LA FORMULE PARAS⁵²

La Cour d'appel de l'Ontario rappelle, dans l'affaire *Paras*, la survie du droit de l'enfant aux soins, à l'entretien et à l'éducation de ses parents lors de la rupture. Ainsi, cette obligation incombe aux deux parents en parts égales. La Cour précise que la transposition de cette responsabilité en une somme d'argent pour le parent non-gardien requiert la considération de la capacité de chacun des parents de s'acquitter de son obligation. La pension alimentaire pour enfants doit tendre à maintenir un niveau de vie similaire à celui dont il jouissait avant la dissolution de la famille. Cet objectif a priorité sur le droit des parents à maintenir leur niveau de vie antérieur. Cet extrait incontournable de l'affaire *Paras* expose bien ce qui constitue la pierre angulaire de toute fixation de pension alimentaire pour enfants, dans quelque système que ce soit :

Since ordinarily no fault can be alleged against the children which would disentitle them to support, the objective of maintenance should be, as far as possible, to continue the availability to the children of the same standard of living as that which they would have enjoyed had the family break-up not occurred. To state that as the desideratum is not to be oblivious to the fact that in vast majority of cases, after the physical separation of the parents, the resources of the parents will be inadequate to do so and at the same time to allow to each of the parents a continuation of his or her former standard of living. In my view, the objective of maintaining the children in the interim has priority over the right of either parent to continue to enjoy the same standard of living to which he or she was accustomed when living together⁵³.

La formule *Paras* propose de déterminer, dans un premier temps, le montant nécessaire à l'entretien et l'éducation de l'enfant conformément au niveau de vie auquel ce dernier était habitué. Ce montant devra ensuite être divisé en proportion des ressources respectives des parents avant que la portion attribuable au parent non-gardien ne soit dirigée au parent ayant la garde de l'enfant⁵⁴. Le fait que le parent gardien bénéficie indirectement du niveau de vie accordé à l'enfant par le versement de la pension alimentaire ne justifie pas la révision à la baisse de celle-ci; en effet, cette méthode assure à l'enfant le maintien de son niveau de vie antérieur, de préférence à la préservation de l'intérêt des parents ou de leurs souhaits à la suite de la rupture.

⁵² *Supra* note 50.

⁵³ *Ibid.* aux pp. 331-332.

⁵⁴ *Ibid.* à la p. 332.

La Cour suprême a endossé cette approche en 1987 dans l'arrêt *Richardson*⁵⁵ où le juge WILSON réitère le caractère d'ordre public de la pension alimentaire pour l'enfant mineur, tout en précisant que, puisqu'il s'agit d'un droit de l'enfant, le fait que le conjoint bénéficie indirectement des aliments versés pour ce dernier ne justifie pas une révision à la baisse du montant. Ces principes sont aujourd'hui clairement établis.

Cependant, deux critiques découlent d'une application stricte de la formule *Paras*. D'abord, le calcul ne prendrait pas en considération le fait que les mères gardiennes disposent souvent de très bas revenus qui ne leur permettent pas de contribuer financièrement à l'entretien des enfants. Ensuite, la méthode ne tiendrait pas compte des coûts cachés assumés par ces mêmes mères gardiennes, coûts non monétaires reliés aux soins quotidiens des enfants⁵⁶.

Ces critiques n'ont guère d'écho au Québec puisque la répartition de l'obligation alimentaire entre les parents s'effectue dans l'esprit de la formule *Paras*, sans toutefois que celle-ci revête un caractère purement mathématique⁵⁷. En effet, les tribunaux utilisent leur pouvoir discrétionnaire pour tenir compte de différents facteurs dans la situation des parties, privilégiant ainsi la souplesse à une répartition stricte au *pro rata* de l'obligation. Par exemple, dans le cas où l'un des parents limite ses possibilités de gagner un revenu⁵⁸ ou, encore, si l'un d'eux subit une baisse de revenu importante, l'autre parent devra compenser et assumer une part plus substantielle afin de maintenir le niveau de vie des enfants⁵⁹. De plus, au Québec, les tribunaux tiennent régulièrement compte de la contribution non financière relative à la

⁵⁵ *Supra* note 12 aux pp. 869-870.

⁵⁶ C.J. ROGERSON, *supra* note 33 aux pp. 281-282.

⁵⁷ Un calcul purement mathématique de la répartition de l'obligation alimentaire ressort pourtant de certaines décisions où les parties disposent de revenus similaires, voir à titre d'exemple : *Droit de la famille-739*, [1990] R.D.F. 22 (C.A.); *Droit de la famille-1188*, [1990] R.D.F. 119 (C.A.) et *Droit de la famille-148*, [1991] R.D.F. 628 (C.S.). Habituellement, la répartition proportionnelle s'effectue approximativement, en tenant compte de la situation globale des parties, dans l'exercice de la discrétion dont dispose le tribunal; voir *infra* la jurisprudence citée aux notes suivantes et le texte correspondant : 58, 59, 60, 62 et 119.

⁵⁸ *Droit de la famille-1945*, [1994] R.D.F. 209 (C.A.) où le juge impute à la mère un revenu de 40 000 \$ représentant sa capacité de gagner un revenu, celle-ci étant détentrice d'une maîtrise en éducation et en psychopédagogie, mais ayant choisi de travailler à temps partiel, ce qui lui procure un revenu de 20 000 \$ annuellement. Dans *Droit de la famille-1744*, [1993] R.D.F. 319 (C.A.) le père, professeur régulier à l'emploi d'une commission scolaire, a pris un congé sans solde pour des études qu'il n'a pas terminées et préfère conserver quelques charges de cours. Voir aussi : *Droit de la famille-1093*, [1987] R.D.F. 188 (C.A.).

⁵⁹ *Droit de la famille-842*, [1990] R.D.F. 358 (C.A.); *Droit de la famille-927*, [1991] R.D.F. 21 (C.A.) et *Droit de la famille-1018*, [1987] R.D.F. 447 (C.A.).

responsabilité quotidienne de l'enfant en augmentant la part du parent non-gardien⁶⁰, répondant ainsi à l'une des critiques résultant de l'application stricte de la formule mathématique. Cette tendance s'est confirmée à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Willick*⁶¹. La Cour d'appel du Québec a également accordé une réserve de subsistance pour les besoins des parents dans les situations où ceux-ci disposaient de moyens assez élevés ou lorsqu'il existait une disparité importante entre les revenus des parties, le parent le plus fortuné se voyant imposer la presque totalité des dépenses de l'enfant⁶². Tant la réserve de subsistance que la prise en considération des coûts cachés permettent de remédier à l'iniquité résultant de la situation fréquente où les mères gardiennes disposent de ressources à peine suffisantes pour leurs propres besoins, ce qu'une répartition purement mathématique de l'obligation alimentaire ne reconnaîtrait pas. Au Québec, la formule *Paras* est donc appliquée dans une version améliorée grâce à l'exercice de la discrétion judiciaire.

Au Canada, la formule *Paras*, re-confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Giles c. Giles*⁶³, a donné également lieu à la naissance d'un courant jurisprudentiel tempérant une application purement mathématique par l'attribution d'une réserve parentale de base. Certains juges limitent cette déduction de base aux seuls cas où il existe une disparité importante entre les revenus des parties⁶⁴, alors que d'autres militent en faveur d'une approche où cette réserve serait déduite systématiquement et pour les deux conjoints⁶⁵, à

⁶⁰ *Droit de la famille-1755*, [1993] R.J.Q. 671 (C.A.); *Droit de la famille-1550*, [1992] R.D.F. 160 (C.A.); *Droit de la famille-1866*, [1993] R.D.F. 603 (C.S.); *Droit de la famille-1272*, [1989] R.D.F. 599 (C.S.); *Droit de la famille-590*, [1989] R.D.F. 73 (C.S.) (désistement d'appel le 24 mars 1992, C.A.M. 500-09-006004-980); *Droit de la famille-1142*, [1988] R.D.F. 10 (C.S.) et *Droit de la famille-1115*, [1987] R.D.F. 356 (C.S.).

⁶¹ Voir la jurisprudence citée, *infra* note 119 et le texte correspondant.

⁶² *Droit de la famille-1755* et *Droit de la famille-1550*, *supra* note 60; *Droit de la famille-842* et *Droit de la famille-927*, *supra* note 59. Plus récemment, voir *Droit de la famille-2196*, [1995] R.D.F. 303 (C.S.) et *Droit de la famille-2569*, [1997] R.D.F. 67 (C.A.).

⁶³ (1980), 15 R.F.L. (2d) 286 (Ont. C.A.), cité par A. MAMO, *supra* note 51 à la p. 113. Dans cette affaire, le juge de première instance avait inclus dans le revenu familial total le revenu de la nouvelle conjointe du débiteur, et divisé ce revenu par cinq (trois adultes et deux enfants dont celui de la nouvelle conjointe du débiteur), déterminant ainsi que le parent gardien avait droit à un cinquième de ce revenu pour l'entretien de l'enfant mineur des parties. La Cour d'appel a modifié ce jugement en effectuant le partage des coûts de l'enfant entre les deux ex-conjoints de façon à répartir ces coûts proportionnellement à leurs revenus respectifs, conformément à la formule *Paras*.

⁶⁴ *Hutton c. Hutton* (1985), 48 R.F.L. (2d) 451 (Ont. Co. Ct.), cité par A. MAMO, *supra* note 51 à la p. 114.

⁶⁵ *Moosa c. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107 (Ont. Dist. Ct.) et *Murray c. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449 (Alta. Q.B.). Voir également la jurisprudence citée par J.D. PAYNE, *Payne on Divorce*, 4th ed., Toronto, Carswell, 1996, à la p. 165, qui est d'avis que l'attribution d'une telle réserve de subsistance ne devrait pas être soumise à la subjectivité de la discrétion du tribunal ni limitée aux seuls cas où il existe une disparité dans les revenus des parties.

l'instar de la proposition du juge L'HEUREUX-DUBÉ dans l'arrêt *Willick*. Ce dernier point constitue la principale distinction entre la formule *Levesque* de la Cour d'appel de l'Alberta et l'approche préconisée par la Cour suprême dans *Willick*.

2.2. LA FORMULE LEVESQUE⁶⁶

Dans une décision détaillée et bien motivée, un banc unanime de cinq juges de la Cour d'appel de l'Alberta propose, dans l'affaire *Levesque*, une méthode concrète de fixation de la pension alimentaire pour enfants en cinq étapes⁶⁷. D'entrée de jeu, la Cour d'appel rappelle l'importance de la discrétion judiciaire dans ce processus. Aussi préconise-t-elle une approche uniforme qui ne se traduit pas nécessairement par des résultats identiques en raison de la diversité de chaque cas⁶⁸. Par contre, l'approche législative visée par l'introduction, le 1^{er} mai 1997, de barèmes de fixation des pensions alimentaires pour enfants, impose l'application d'une méthode uniforme conduisant à des résultats similaires pour des familles se trouvant dans des situations par ailleurs semblables. Tel est d'ailleurs un des principaux objectifs de la réforme, à savoir répondre à un besoin d'équité. Or, pour la Cour d'appel de l'Alberta, cette précision à l'effet que tel n'est pas son but reflète l'essence même du conflit entre l'objectif de normalisation de la réforme législative et la place de la discrétion judiciaire. L'atteinte de cet équilibre s'avère possible dans la mesure où l'objectif d'uniformité réside dans l'approche proposée par le système et non nécessairement dans le résultat escompté.

Les lignes directrices jurisprudentielles proposées par la Cour d'appel s'inscrivent donc dans le cadre de la fixation de la pension alimentaire pour enfants lorsque les deux parents

⁶⁶ *Supra* note 31.

⁶⁷ Deux arrêts antérieurs à *Levesque* et souvent cités énumèrent les principes applicables dans l'évaluation de la pension alimentaire pour enfants, un peu comme des lignes directrices rappelant tous les facteurs dont un juge devrait tenir compte : *Menage c. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225 à la p. 269 (Ont. Unif. Fam. Ct.) et *Syvitski c. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248 aux pp. 253-254 (Fam. Ct.). Cités avec approbation par la Cour suprême dans *Willick*, R.J. WILLIAMS, qui a rendu la décision *Syvitski*, a par la suite rédigé un article sur la difficulté d'évaluer la pension alimentaire pour l'enfant mineur, voir *supra* note 51.

⁶⁸ "We do not demand uniformity of result, because every case is at least a little different from every other case. But justice requires uniformity of approach", *supra* note 31 à la p. 432.

travaillent à l'extérieur et lorsqu'il n'y a pas de pension alimentaire payable entre eux⁶⁹. À cette fin, cinq étapes sont proposées :

1. Calculate the combined gross income of the parents, as that term is defined in these Reasons.
2. Calculate a reasonable cost for the upbringing of the child, as that term is herein defined.
3. Apportion that cost between parents, in accord with the principles herein stated.
4. Re-calculate the adjusted assigned share for tax consequences, and make an award.
5. Make adjustments to the assigned share for the special circumstances of any parent⁷⁰.

Avant d'analyser chacune des cinq étapes, la Cour d'appel revoit le contexte législatif applicable et réaffirme l'approche retenue dans *Paras*. Nous nous attarderons sur les principes énoncés par la Cour d'appel dans chacune des étapes en omettant la quatrième, soit la prise en compte de l'impact fiscal, puisque de toute façon les pensions alimentaires pour enfants ne sont plus imposables pour le créancier ni déductibles pour le débiteur, et ce, depuis le 1^{er} mai 1997.

2.2.1. CALCUL DU REVENU BRUT COMBINÉ DES PARENTS

De l'avis de la Cour, puisque la *Loi de 1985 sur le divorce* utilise le terme *ressources* à son article 15(8)b) pour décrire la répartition proportionnelle de l'obligation alimentaire entre les parents, cela signifie que le mot *revenu* doit être utilisé dans son sens le plus large. La notion de revenu des parties fait appel à la capacité de générer un revenu et inclut les biens et le capital⁷¹, ainsi que les biens et revenus futurs. Bien que la Cour reconnaisse le pouvoir du

⁶⁹ *Supra* note 31 à la p. 431. Ce qui fait dire à A. BISSETT-JOHNSON, *supra* note 51 à la p. 600, que bien que l'effort de la Cour d'appel de l'Alberta d'imaginer des lignes directrices pour combler les lacunes de la *Loi de 1985 sur le divorce* soit louable et digne de mention sur ce seul point, restreindre l'approche aux parents qui travaillent ne reflète pas toutes les problématiques vécues par les praticiens du droit et les juges. Tel est le cas, notamment, lorsqu'un parent choisit de demeurer à la maison ou de travailler à temps partiel. À cause de cette limitation, la décision ne pourrait prétendre être un guide applicable à toutes les causes : voir aussi J.G. MCLEOD, "Annotation", *Levesque c. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 377.

⁷⁰ *Supra* note 31 à la p. 432.

⁷¹ Pour une revue jurisprudentielle des principes concernant la prise en compte du capital dans l'évaluation de l'obligation alimentaire au Québec, voir D. GOUBAU, "L'obligation alimentaire et la protection du capital" dans *Développements récents en droit familial* (1992), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992, 135.

tribunal d'attribuer à une partie un revenu fictif si elle a une capacité raisonnable de gain, elle refuse de qualifier la situation où un parent choisit de travailler à temps partiel ou de s'occuper des enfants à temps plein. La Cour n'offre aucune ligne directrice quant à l'existence de l'obligation pour un parent de maximiser son revenu ou la conséquence pour celui-ci, qu'il soit gardien ou non, d'accepter un travail moins rémunérateur afin de passer davantage de temps avec l'enfant⁷². Quel est alors l'intérêt de l'enfant ? La réponse demeure soumise à la discrétion judiciaire; le juge devra apprécier les faits particuliers de l'espèce avant de fixer le *quantum* de la pension alimentaire.

La Cour privilégie l'utilisation du revenu brut des parties dans tous les calculs puisqu'elle considère cette approche moins dangereuse que le revenu net où peuvent être pris des arrangements spéciaux pour certaines déductions. Des tribunaux ont pourtant déjà tenu compte de déductions pour lesquelles les parties n'ont aucun contrôle, tels l'impôt, l'assurance-chômage, les frais professionnels ou syndicaux, par exemple⁷³. Par contre, la Cour d'appel accepte de prendre en considération certaines dépenses comme les frais de déplacement et le coût des outils, le revenu du travailleur autonome devant être établi en fonction de ses dépenses, de façon à évaluer le plus précisément possible ce qu'il gagnerait s'il était salarié.

Enfin, le revenu d'un nouveau conjoint avec qui un parent cohabite ne doit pas être pris en considération même si ce dernier contribue à réduire les dépenses du ménage, puisqu'il n'a aucune obligation envers l'enfant. La Cour mentionne deux exceptions : celle où ce conjoint agit *in loco parentis* en vertu de la *Loi sur le divorce* et celle où le parent qui vit avec un nouveau conjoint réclame une réduction de ses obligations ou une réserve personnelle de

⁷² J.G. MCLEOD, *supra* note 69 à la p. 379.

⁷³ J. D. PAYNE, *supra* note 65 à la p.161, qui cite *DiMarco c. DiMarco* (1992), 41 R.F.L. (3d) 235 (Ont. Gen. Div.) et *Trembath c. Trembath* (1993), 47 R.F.L. (3d) 193 (Ont. Gen. Div.). Sur ce point, J.G. MCLEOD n'est pas d'accord avec l'approche de la Cour d'appel de l'Alberta, *supra* note 69 à la p. 379 :

With the sophisticated computer tax programs available, counsel can quickly calculate the net and gross disposable incomes of the parents before general debts, and the tax cost and gain to the parents of the support payments. A failure to supply the information is not excusable. [...] Why should the cost of doing business be deducted from the gross incomes of self-employed parents but not from the gross incomes of employee parents? [...] The court's view of this issue seems to be inconsistent and it ignores reality.

subsistance⁷⁴. Cette approche sera en quelque sorte retenue dans la législation instaurant les barèmes, au fédéral, puisque ce n'est que lorsque l'une des parties invoque des difficultés excessives que le mécanisme de comparaison des niveaux de vie des ménages prévoit la considération du revenu du nouveau conjoint.

Il est intéressant d'analyser l'approche utilisée par la Cour d'appel dans la cause de *Birmingham c. Birmingham*⁷⁵, dont elle dispose à la suite de l'arrêt *Levesque*. Dans *Birmingham*, la créancière de la pension alimentaire pour les enfants avait signé une entente en 1980 lors du divorce dans laquelle aucune pension alimentaire pour elle-même et pour les enfants n'était payable, et elle y renonçait pour le futur. La créancière vivait alors avec un nouveau conjoint. En 1991, ce dernier la quitte et la Cour d'appel de l'Alberta considère qu'il s'agit d'une circonstance nouvelle justifiant une révision de la situation des parties. Dans l'affaire *Edwards (Pereira) c. Edwards*⁷⁶, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a considéré que le revenu d'un nouveau conjoint était pertinent lors de l'évaluation de la pension alimentaire pour enfants lorsque le débiteur soutient qu'il ne peut payer la pension réclamée en raison des obligations qu'il a contractées au sein d'une seconde famille. Il s'agit d'une cause où la mère réclame l'augmentation de la pension alimentaire payable pour les deux enfants des parties. Le père est remarié et un enfant est né de cette union. Il réclame une diminution de la pension alimentaire en raison de ses obligations financières élevées et de ses dettes. Or, sa nouvelle épouse a cessé de travailler pour s'occuper de l'enfant né de leur union. La preuve révèle également un niveau de vie relativement élevé au sein de cette nouvelle famille. La Cour s'exprime ainsi :

A fair balance here implies at least as to the second family, the new spouse must certainly contribute her fair share and the father cannot, as he has tried, rely on its existence to diminish his fair share of the contribution to the support that his first

⁷⁴ Voir *Levesque c. Levesque* (n° 2) (1995), 166 A.R. 1 (Q.B.). C'est le juge SMITH qui a déterminé la pension alimentaire payable dans l'affaire *Levesque*, après que la Cour d'appel ait retourné le dossier en première instance pour une évaluation conforme aux lignes directrices qu'elle a établies. Or, le juge SMITH croit que la prise en compte du revenu d'un nouveau conjoint peut être étendue à la situation où le payeur demande une réduction en alléguant la pauvreté alors que c'est le créancier qui vit avec un nouveau conjoint. C. DAVIES, *supra* note 47 à la p. 95, trouve cette approche inconsistante avec celle de la Cour d'appel lorsque celle-ci stipule que le revenu du nouveau conjoint peut être considéré lorsque le parent qui vit avec ce nouveau conjoint demande une réduction en raison de la pauvreté qui en résulterait s'il assumait la totalité de ses obligations.

⁷⁵ *Birmingham c. Birmingham* (1994), 20 Alta.L.R. (3d) 429 (C.A.) [ci-après *Birmingham*].

⁷⁶ *Edwards (Pereira) c. Edwards* (1994), 133 N.S.R. (2d) 8 (C.A.) [ci-après *Edwards*].

*two children require. This does not mean that the new wife is responsible for these two children. It does mean, however, that her resources are available to the father in meeting his obligations to the second family. Her ability to contribute is in part an answer to the father's plea of a new family in mitigation of his obligations to the old*⁷⁷.

La Cour fait référence à six facteurs pouvant servir de lignes directrices dans l'évaluation de l'impact d'une seconde famille⁷⁸, mais précise qu'une approche au cas par cas demeure nécessaire afin de considérer la situation particulière de chacune d'elles. Le rôle difficile du tribunal complique la prise en compte de l'intérêt de tous les enfants en cause. Ceci ne veut pas dire qu'un débiteur ne peut invoquer ses nouvelles obligations afin de se défendre contre une procédure visant l'augmentation de la pension alimentaire. La Cour précise plutôt que, s'il désire le faire, le débiteur doit prouver que sa seconde famille est prête à souffrir des mêmes inconvénients que la première, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Edwards*⁷⁹.

2.2.2. CALCUL DU COÛT RELATIF À L'ENFANT

Cette étape est déterminante dans l'utilisation du pouvoir discrétionnaire des juges, et elle constitue l'exercice le plus délicat en matière de pension alimentaire pour enfants, tant pour les parties ou leurs avocats que pour le tribunal. Dès 1985, la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge L'HEUREUX-DUBÉ, dénonçait avec véhémence le manque de rigueur dans l'administration des preuves en matière familiale et les carences de celles-ci. Cet extrait traduit bien les difficultés du tribunal aux prises avec cette obligation d'évaluer le coût relatif à l'enfant :

⁷⁷ *Ibid.* aux pp. 19-20.

⁷⁸ *Ibid.* à la p. 19 où la Cour cite les facteurs proposés par J.G. MCLEOD, "Annotation", *Greco c. Levin* (1991), 33 R.F.L. (3d) 405, soit :

1. *A payor cannot avoid his or her obligation to his or her first family by forming a second family.*
2. *A person who becomes involved with an individual subject to a support obligation must accept that person in his or her weakened financial condition.*
3. *If a second relationship results in increased child-care obligations, the court should not prefer the children of one relationship to the children of the other.*
4. *A court should not divert so much money away from the second family that it becomes unable to function.*
5. *A natural parent's support obligation should take precedence to that step-parent.*
6. *Remarriage does not entitle a payee to support; however, a court is entitled to assume that the second partner is able to meet the dependants' ongoing living expenses.*

⁷⁹ J.G. MCLEOD, "Annotation", *Edwards (Pereira) c. Edwards* (1994), 5 R.F.L. (4th) 323 à la p. 326.

Ces données générales qu'on doit avoir à l'esprit sont subordonnées à la preuve et aux circonstances de l'espèce, j'en conviens, mais combien de preuves incomplètes, sur le compte de l'ignorance ou de l'incompétence du procureur, de l'inexpérience ou de l'irréalisme du client! Combien de preuves écourtées pour ne pas rallonger le débat (ou impatienter le juge ?) devant un rôle déjà surchargé en ces matières ! Combien de preuves amputées par manque d'intérêt ou faute d'en saisir toute la portée !

Il est assez symptomatique que ce genre de laisser-aller se retrouve beaucoup moins fréquemment en matières de contrat, d'assurance ou de responsabilité, qu'on qualifie de "droit civil" par opposition à "droit familial"⁸⁰.

La Cour d'appel de l'Alberta expose donc les quatre étapes de l'évaluation du coût de l'enfant, ce qui constitue l'essence même de la formule qu'elle propose dans l'affaire *Levesque*.

2.2.2.1. LA RÈGLE DU MAINTIEN DU NIVEAU DE VIE

Dans l'évaluation des dépenses raisonnables engagées pour élever un enfant, l'approche minimaliste n'est pas préconisée par la Cour d'appel, hormis les cas où les parents sont dans un état de pauvreté. Les besoins des enfants varient selon leur situation particulière. Deux tests différents peuvent alors être utilisés : la recherche de ce qui est le *mieux* pour l'enfant ou de ce qui est *essentiel*. La Cour d'appel mentionne que les juges doivent s'abstenir d'appliquer leurs propres valeurs en appréciant ce dont l'enfant a besoin. En gardant à l'esprit que l'approche minimaliste n'est pas appropriée, le premier test adéquat consiste à évaluer le niveau de vie antérieur de l'enfant alors que la famille était unie et qui correspondait au choix des parents de ce qui était convenable pour leur enfant. Conformément à la formule *Paras*, ce niveau de vie de l'enfant devra autant que possible être maintenu.

2.2.2.2. COÛTS ATTRIBUABLES À L'ENFANT

La Cour d'appel reconnaît que le parent gardien fait probablement des sacrifices importants afin de procurer à l'enfant un foyer orienté vers ses besoins, mais la prise en compte des coûts "indirects" reliés au paiement du loyer ou de l'hypothèque, de la nourriture, du téléphone, de l'électricité ou du chauffage, doit-elle se faire selon une approche centrée sur l'enfant ou

⁸⁰ *Droit de la famille-182*, [1985] C.A. 92 à la p. 95.

l'adulte ? La Cour qualifie de "coûts de la mère" une approche où serait attribué à l'enfant le seul coût, par exemple, de la chambre supplémentaire dont il a besoin dans la maison, comme si les autres dépenses mentionnées ci-dessus n'étaient pas engagées en tenant compte de l'enfant. Or, comme le rappelle la Cour, les statistiques démontrent que les familles sans enfants dépensent sensiblement la même chose que les familles avec enfants, seule la nature de ces dépenses varie considérablement. Il n'y a donc pas de doute pour la Cour que les choix faits par les familles avec enfants sont au bénéfice de ces derniers (choix du logement, de la maison, de l'endroit des vacances, etc.). Ce raisonnement amène le tribunal à proposer un test, lequel consiste à imputer à l'enfant un pourcentage de toutes ces dépenses communes énumérées précédemment. Il s'agit alors d'une évaluation raisonnable du "coût de l'enfant" incluant toutes les dépenses non directes servant à répondre à ses besoins⁸¹.

Dans un même ordre d'idées, la Cour d'appel juge conforme à l'article 16 de la *Loi de 1985 sur le divorce* le fait de considérer les dépenses engagées pour l'exercice du droit d'accès à l'enfant. Dans la mesure où ces dépenses sont raisonnables et appropriées, elles devraient être ajoutées au coût de l'enfant plutôt que déduites du revenu du parent non-gardien, puisqu'il ne s'agit pas d'une allocation spéciale pour ce dernier. Sur cet aspect, le juge GOODFELLOW de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse est en désaccord avec la Cour d'appel de l'Alberta. Selon lui, les coûts reliés à l'accès devraient être pris en compte uniquement si tous les besoins des enfants sont couverts par la pension alimentaire, ce qui est rarement le cas⁸². L'auteur Alfred A. MAMO fait d'ailleurs remarquer que, si les coûts reliés au droit de visite sont additionnés à toutes les dépenses de l'enfant, le total de ces coûts sera partagé proportionnellement entre les parents, de sorte que le parent non-gardien paiera une pension alimentaire qui inclut une partie de coûts qu'il assume déjà⁸³.

⁸¹ *L'état des revenus et dépenses et bilan* (formulaire 11A) utilisé au Québec conformément aux *Règles de pratique*, *supra* note 29, confirme cette approche bien qu'aucun pourcentage de ces dépenses ne soit prédéterminé au formulaire, ce dernier étant laissé à l'appréciation des parties et du tribunal. La Cour d'appel de l'Alberta ne fournit pas non plus de pourcentage à ce propos.

⁸² Le juge GOODFELLOW s'exprime ainsi sur la question du droit d'accès : "Many will be quick to stress what I acknowledge, namely that access is a basic right of the child, however, I repeat where there is a will, there is a way, and in most cases what is lacking is will", *supra* note 51 à la p. 24.

⁸³ A. MAMO, *supra* note 51 aux pp. 126-127.

2.2.2.3. LE "TEST DÉCISIF"

Bien que la Cour d'appel hésite à formuler une méthode permettant de déterminer de façon uniforme les coûts reliés aux besoins des enfants, elle innove en proposant un test décisif devant être utilisé afin de déterminer si le montant auquel le tribunal arrive après l'étude de la preuve est raisonnable. Ainsi, la marque suggérée par la Cour d'appel pour vérifier toute somme proposée par les parties devrait être évaluée de la façon suivante : l'octroi de 20 % du revenu brut des parties dans les familles où il y a un enfant, et 32 % dans celles de deux enfants⁸⁴. La Cour spécifie qu'il ne s'agit pas en soi d'une formule, mais plutôt d'une sonnerie d'alarme, puisqu'elle ne doit pas être appliquée en l'absence de preuve. La Cour reconnaît également que ce test peut donner des résultats trop bas pour les familles à faibles revenus et trop élevés pour les familles à revenus plus substantiels.

Ce test décisif est exposé à la suite de la revue des divers moyens de preuve utilisés pour établir les besoins des enfants et fait office, en quelque sorte, d'un timbre de validation. Il résulte de la constatation par les juges qu'il est difficile d'exercer leur discrétion judiciaire lors de l'évaluation des besoins des enfants en raison des choix multiples que cela entraîne. Ainsi, la Cour rappelle que le budget préparé par le parent gardien et déposé devant elle présente de nombreuses limites et reflète rarement la situation vécue par les parties en raison de leur sous-estimation des coûts. À ce propos, il est intéressant de constater que la Cour d'appel invite le Barreau, en collaboration avec les tribunaux, à rechercher des moyens plus sophistiqués et plus standardisés pour évaluer le coût de l'enfant. Cette suggestion va dans le même sens que celle du Comité fédéral qui avait envisagé l'option de fournir aux tribunaux des données sur le coût des enfants dans son rapport⁸⁵. Par contre, la Cour se montre réticente face à l'utilisation de témoins experts, comme les économistes par exemple, ce processus étant souvent trop coûteux et n'apportant pas de nouvelles informations. L'utilisation des études sur le sujet et la consultation de statistiques offrent, quant à elles, des informations considérables dont les tribunaux pourraient se saisir en utilisant le principe de la connaissance d'office. La Cour d'appel de l'Alberta approuve la démarche de

⁸⁴ *Supra* note 31 à la p. 441.

⁸⁵ Voir la section 1.3, *supra* à la p. 18.

C. L'HEUREUX-DUBÉ dans l'arrêt *Moge c. Moge*⁸⁶ à ce propos, approche que la juge de la Cour suprême a réitérée dans l'arrêt *Willick* dont il sera question à la section 2.3.2. Selon la Cour d'appel de l'Alberta, les juges prenant connaissance d'office de certains faits devraient cependant en aviser les parties afin qu'elles soient préparées à y répondre.

Quant aux formules législatives, la Cour d'appel se montre sceptique face à l'adoption de telles règles puisqu'elles constitueraient selon elle un déni du rôle judiciaire. Lorsque le jugement dans l'affaire *Levesque* a été rendu, des rapports de recherche du Comité fédéral étaient déjà disponibles. Cela dénote bien la réticence des tribunaux à l'adoption de mesures restreignant leur pouvoir discrétionnaire. À la suite de l'arrêt *Levesque*, il semble que le test décisif ait permis une augmentation significative des montants de pension alimentaire pour enfants accordés par les tribunaux⁸⁷.

2.2.3. RÉPARTITION DU COÛT DE L'ENFANT ENTRE LES PARENTS

Lorsque le coût de l'enfant est établi, le juge doit ensuite le répartir entre les parents en proportion de la part du revenu de chacun sur le revenu brut combiné des parents. Il s'agit encore une fois de la règle établie dans l'arrêt *Paras*⁸⁸. La Cour d'appel de l'Alberta invite les tribunaux à toujours préciser la contribution du parent gardien avec le montant de la pension alimentaire versée, afin de bien faire ressortir la contribution des deux parents⁸⁹.

La Cour insiste sur l'importance de préciser la contribution du parent gardien. Sur ce point, certains auteurs et quelques décisions ont cependant mis en lumière le fait que l'application du test décisif de l'arrêt *Levesque* pouvait avoir comme résultat d'évacuer le revenu brut du parent gardien des calculs et qu'en conséquence, il pouvait être inutile de le prendre en

⁸⁶ [1992] 3 R.C.S. 813 [ci-après *Moge*].

⁸⁷ C. DAVIES, *supra* note 47 à la p. 97. Au Québec, il semble que les montants accordés par la Cour d'appel se situent en moyenne dans les ordres de grandeur du test albertain, selon S. PILON, *supra* note 51 à la p. 75 et annexe III.

⁸⁸ La Cour d'appel du Manitoba, dans l'arrêt *Skelton c. Skelton* (1992), 44 R.F.L. (3d) 87 (Man. C.A.), se montrait réticente à appliquer la règle de la répartition basée sur le ratio du revenu brut d'un parent sur l'autre, sans considérer d'autres facteurs.

⁸⁹ Dans le cadre des barèmes québécois en vigueur depuis le 1^{er} mai 1997, le formulaire de fixation prévu par règlement précise la contribution alimentaire de chacun des parents. À cet effet, voir le chapitre II, *infra* section 2.1 à la p. 59.

considération. Dans l'arrêt *Woodside c. Woodside*⁹⁰, le juge applique le test décisif de l'affaire *Levesque* lors de mesures intérimaires⁹¹. En octroyant à titre de pension alimentaire au parent gardien 32 % du revenu brut du parent non-gardien, la Cour mentionne :

*The advantage of the Levesque litmus test on an interlocutory child support motion is that it provides the court and the parties with an expectation of general levels of support without calling all relevant evidence as in a trial. [...] In calculating the amounts of support a non-custodial parent should pay, it is mathematically correct to take only the appropriate percentage, here 32 % because there are two children, from the non-custodial parent's gross income. This approach, which I accept, is outlined in an attached monograph prepared by a law clerk of this court, Mr. P.G. Kirman*⁹².

Bien que la Cour d'appel ait précisé que le test décisif doit être appliqué au revenu brut combiné des deux parents (incluant le revenu du parent gardien) et qu'ensuite, le montant obtenu représentant les coûts de l'enfant devra être partagé entre les parents au *pro rata* de leurs revenus (après avoir fait des ajustements, si nécessaire), il a été démontré que le résultat obtenu demeure le même que si le test décisif était appliqué directement au revenu du parent non-gardien seulement. Donc, si on applique le test de *Levesque* en postulant que 20 % du revenu brut combiné des parties pour un enfant et 32 % pour deux enfants est un test approprié, il semble que le revenu brut du parent gardien n'aura aucune incidence sur le résultat, indépendamment de la façon dont les calculs sont faits : 32 % du revenu brut combiné des parents et réparti entre eux équivaut à 32 % du revenu brut du parent non-gardien. De plus, le danger avec ce test décisif réside dans l'application stricte de celui-ci, en prenant pour acquis qu'il reflète systématiquement la proportion de ce que le parent non-gardien doit verser, sans vérifier si cela correspond à la situation de la famille. Les tribunaux seraient alors tentés de prendre un raccourci et de déterminer tout de suite la part payable par le parent non-gardien en multipliant ce pourcentage par son revenu.

⁹⁰ (1994), 8 R.F.L. (4th) 430 (Alta. Q.B.).

⁹¹ Pour d'autres applications du test décisif de la Cour d'appel lors d'un jugement intérimaire, voir : *Campbell-Cardwell c. Cardwell* (1994), 11 R.F.L. (4th) 204 (Alta. C.A.). Pour son application dans une famille de plus de deux enfants, voir *Parson c. Parson* (1994), 9 R.F.L. (4th) 437 (Alta. Q.B.) et *Green c. Green* (1995), 11 R.F.L. (4th) 207 (Alta. Q.B.) (trois enfants, 40 % du revenu brut).

⁹² *Woodside*, *supra* note 90 aux pp. 435–436. Consulter l'annexe du jugement à la page 438 pour la démonstration mathématique de KIRMAN. Voir également A. A. MAMO, *supra* note 51 à la p. 140 et annexe III de son article où il démontre (en appliquant le test de 20 %) que, peu importe le montant substitué à la place du revenu du parent gardien, le résultat demeure le même, soit que la pension équivaut à 20 % du revenu brut du parent non-gardien.

Lorsqu'il existe une disparité importante entre les revenus du débiteur et du créancier, l'application stricte de la règle précitée peut conduire à des injustices. Le parent ayant alors le revenu le plus faible assume un plus grand fardeau s'il contribue à 80 % ou 68 % des dépenses de l'enfant, par rapport à l'autre parent qui supporterait une part du coût de l'enfant ne représentant que 32 % ou 20 % de son revenu, alors qu'il dispose de revenus plus élevés et que sa part devrait donc être plus grande. D'ailleurs, au Québec, la jurisprudence a reconnu dans ces situations que celui qui a le revenu le plus élevé assumera alors la presque totalité des besoins des enfants⁹³, ces derniers pouvant par ailleurs être supérieurs à 20 % ou 32 % du revenu brut du débiteur.

Subséquentement, les tribunaux ont reconnu et appliqué le test décisif de l'affaire *Levesque* à titre de point de repère utile pour les parties dans la préparation de leurs budgets et de leurs revendications devant la Cour⁹⁴. Les tribunaux insistent sur le fait que ce point de repère doit être utilisé à la suite d'une analyse complète de la situation particulière du dossier et des principes de droit applicables. Mais le test décisif aura sans aucun doute laissé sa marque dans le sens d'une présomption :

No matter what the court stated in Vincent, most judges and lawyers are probably only too happy to have access to a bench mark standard to assist in fixing child-care costs. The review standard will inevitably become a presumptive rule. If the standard receives significant acceptance, lawyers and judges will rely on the standard to fix the norm and the onus will be on the person alleging a different child-care cost total to prove why the standard should not apply in the particular circumstances of the case⁹⁵.

2.2.4. AJUSTEMENTS DE LA PART DE CHAQUE PARENT

À cette dernière étape, la Cour d'appel de l'Alberta énonce les cas très spécifiques où les tribunaux pourraient déroger à la règle de la répartition proportionnelle du coût de l'enfant en fonction du revenu des parents.

⁹³ Voir la jurisprudence citée *supra* note 62 et le texte correspondant.

⁹⁴ Voir le jugement fort intéressant de la Cour d'appel de Terre-Neuve sur ce point précis et sur l'application en général des lignes directrices de l'arrêt *Levesque* : *Vincent c. Vincent* (1995), 15 R.F.L. (4th) 273 (Nfld. C.A.). Pour consulter d'autres arrêts qui ont appliqué *Levesque*, voir ceux cités par J.D. PAYNE, *supra* note 65 aux pp. 158 et ss. Au Québec, voir notamment : *Droit de la famille-2354*, [1996] R.D.F. 158 (C.S.).

⁹⁵ J.G. McLEOD, "Annotation", *Vincent c. Vincent* (1995), 15 R.F.L. (4th) 274 à la p. 275.

Pour la Cour, les dépenses des parents ne sont pas pertinentes dans le calcul de la contribution alimentaire pour enfants parce que les besoins de ces derniers demeurent prioritaires. Mais si la contribution alimentaire déterminée constitue un trop lourd fardeau financier pour le parent et l'entraîne sous le seuil de la pauvreté, une exception à la règle de proportionnalité pourra alors s'appliquer. Autrement, lorsqu'un parent requiert une réduction de sa contribution au coût de l'enfant, il demande indirectement à celui-ci de réduire son niveau de vie pour l'aider. Cela est contraire au principe fondamental selon lequel il revient aux parents de réduire leur niveau de vie après la rupture afin de combler les besoins des enfants. Au surplus, ce parent invite également le parent gardien à réduire son niveau de vie pour combler ses propres besoins, sollicitant indirectement une pension alimentaire entre époux ou une contribution, ce que n'encourage pas la Cour d'appel de l'Alberta. Pour les mêmes raisons, la Cour rejette l'idée de la déduction d'une réserve parentale de subsistance de façon systématique⁹⁶. Elle énonce que le juge doit plutôt déterminer en premier lieu l'obligation financière de chaque parent et se demander s'ils peuvent assumer cette obligation. Si une réduction est demandée, la Cour doit analyser qui en subira les conséquences : l'enfant ou le parent gardien ? Il faut ainsi garder à l'esprit que si un parent non-gardien fraîchement divorcé n'a pas droit au même style de vie que ses amis célibataires, il doit donc faire des sacrifices afin de réduire son style de vie (transport en commun et maisons de chambre, par exemple). De même, la pension alimentaire a priorité sur les dettes du débiteur. Sur ce point, James G. McLEOD critique l'approche de la Cour :

Parents must use their respective net incomes to pay debts and the law should reflect reality. The only legal issue should be which general debts should be considered in assessing ability to contribute. Pre-separation family debts should be considered in determining ability to pay. Post-separation debts should be carefully scrutinized by the court to ensure that a parent is not trying to avoid paying his or her fair share of the child support⁹⁷.

Toujours selon McLEOD, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'un parent qui travaille n'ait pas plus que le montant de l'assistance sociale, cette situation risquant de le décourager à demeurer sur le marché du travail s'il voit tous ses efforts le mener à la pauvreté. Une

⁹⁶ La jurisprudence, au Québec, accorde généralement ce type de réserve aux parents en réponse à l'iniquité de la formule *Paras* : *supra* notes 57 à 62 et le texte correspondant.

⁹⁷ J.G. McLEOD, *supra* note 69 à la p. 379.

réduction des obligations devrait donc être considérée avant que le parent non-gardien ne tombe sous le seuil de la pauvreté⁹⁸. C'est ainsi qu'en Angleterre, par exemple, la réserve personnelle de base est utilisée malgré l'adoption d'une formule législative :

[...] even when an administrative formula was adopted for child support, the calculation of protected earnings which the payor parent was entitled to retain for their own living expenses, an incentive over and above welfare levels, was included as a way of encouraging payor parents to retain their jobs and limiting the risk of both families becoming a charge of the public purse⁹⁹.

Rappelons également qu'avant d'accorder une telle réserve de subsistance, la Cour acceptera de tenir compte du revenu ou de la situation du nouveau conjoint du parent réclamant une réduction de ses obligations. De plus, si une diminution est accordée, la Cour propose que le parent ayant obtenu une réduction du montant de pension alimentaire devienne débiteur de l'ex-conjoint (créancier) pour cette part, le remboursement devant être fait si possible avant que les enfants aient grandi.

2.3. LA FORMULE WILLICK¹⁰⁰

Dans l'affaire *Willick*, la Cour suprême du Canada dispose essentiellement d'un litige concernant la modification de la pension alimentaire pour enfants et l'étendue des pouvoirs d'un tribunal lorsqu'il interprète l'article 17(4) de la *Loi de 1985 sur le divorce*.

Dans cette affaire, les parties avaient conclu une entente de séparation en juillet 1989 où le père acceptait de verser une pension alimentaire de 450 \$ par mois à son ex-épouse pour l'entretien de ses deux enfants et 700 \$ pour elle-même. Pilote de ligne, l'intimé gagnait environ 40 000 \$ annuellement. Le jugement de divorce entérine cette convention. En octobre 1991, l'appelante demande une augmentation de cette pension alimentaire au motif qu'elle n'est plus en mesure d'assumer les besoins des enfants puisqu'ils ont augmenté, et au motif que l'intimé peut contribuer davantage en raison de la hausse de son revenu. En effet,

⁹⁸ *Ibid.* à la p. 382.

⁹⁹ A. BISSETT-JOHNSON, *supra* note 51 à la p. 601. De même au Québec, les barèmes ont prévu la déduction d'une réserve parentale de base de 9000 \$ pour chacun des parents, alors que les *Lignes directrices fédérales* ne prévoient pas explicitement une réserve de subsistance fixe : voir le chapitre II, *infra* section 2.2.1 à la p. 62.

¹⁰⁰ *Supra* note 5.

le revenu de l'intimé a atteint la somme 154 000 \$ par année à cette époque. Le juge de première instance a accordé une augmentation de la pension alimentaire à 850 \$ par mois pour les enfants (la pension pour l'ex-épouse étant maintenue). La Cour d'appel cassera cette décision au motif d'absence de preuve d'un changement dans la situation des parties ou dans les besoins des enfants. La Cour suprême, à l'unanimité, rétablit le jugement de première instance. Sous la plume du juge SOPINKA (LA FOREST, CORY et IACOBUCCI), la majorité propose une approche classique mais plutôt large de l'interprétation de la *Loi de 1985 sur le divorce* dans la fixation de la pension alimentaire pour enfants, de manière à leur reconnaître le droit de bénéficier de l'augmentation du niveau de vie de leurs parents. Par contre, c'est l'approche préconisée par une minorité de juges sous la plume de C. L'HEUREUX-DUBÉ (GONTHIER et MCLACHLIN) qui nous intéresse davantage. En effet, leur méthode non classique et avant-gardiste en matière familiale servant à interpréter la *Loi de 1985 sur le divorce* est favorable aux enfants, tout en apportant un éclairage nouveau sur les pouvoirs du tribunal et les principes que le juge doit avoir à l'esprit lorsqu'il détermine la pension alimentaire pour l'enfant mineur. Pourtant, malgré l'utilisation par la Cour suprême de deux approches d'interprétation des lois bien différentes, tous les juges disposent de la même façon du litige et, comme le souligne Mireille D. CASTELLI dans son commentaire de l'arrêt *Willick*, les principes énoncés par C. L'HEUREUX-DUBÉ (que nous qualifions d'approche minoritaire) constituent des lignes directrices qui auront inévitablement des répercussions concrètes en matière familiale :

Son étude contextuelle peut d'ailleurs fortement influencer le contenu même des ordonnances initiales qui seront prononcées ultérieurement, par le rappel des omissions actuellement existantes. [...] Ainsi l'opinion minoritaire de M^{me} la juge L'Heureux-Dubé ne devrait pas rester sans portée pratique... et les modifications qui devraient en résulter dans les faits suffiraient largement à accomplir en grande partie le but recherché par sa prise de position¹⁰¹.

2.3.1. LES ÉTAPES PROPOSÉES PAR LA COUR SUPRÊME

Avant de traiter des questions en litige relatives à la modification d'une ordonnance alimentaire, le juge L'HEUREUX-DUBÉ expose les principes généraux en matière de fixation de

¹⁰¹ M.D. CASTELLI, "Commentaires d'arrêt" (1995) 74 R. du B. Can. 484 à la p. 492.

la pension alimentaire pour enfants tout en rappelant l'importance du pouvoir discrétionnaire, essentiel à l'administration de la justice dans chaque cas particulier. L'objet de ses propositions, que nous qualifions de lignes directrices jurisprudentielles, se résume ainsi¹⁰² :

1. **La formule *Paras* est confirmée.** C. L'HEUREUX-DUBÉ reconnaît que cet arrêt fournit un principe directeur valable, mais ajoute à l'instar des tribunaux qui l'ont appliquée, que cette formule "ne devait pas être appliquée de façon rigide, particulièrement dans les cas où il existe une disparité importante dans les revenus ou lorsque le revenu de l'un des époux avoisine le seuil de subsistance"¹⁰³. Cet énoncé confirme la tendance de la jurisprudence actuelle au Québec à ce sujet¹⁰⁴.
2. **Réserve de subsistance pour les parties.** Contrairement à la position adoptée par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Levesque*, de l'avis de C. L'HEUREUX-DUBÉ, "même dans le cas où le revenu de l'une des parties n'avoisine pas le niveau de subsistance, [...] le tribunal devrait réduire du *revenu total de chaque partie* la somme nécessaire à la subsistance [...]"¹⁰⁵. Cela permet une évaluation plus proche de la réalité quant au montant pouvant être utilisé par chacun des parents pour l'entretien et l'éducation des enfants. À cet égard, nous verrons au prochain chapitre que le législateur a prévu dans les barèmes québécois la déduction d'une réserve parentale de base de 9 000 \$ pour les parties, alors que les *Lignes directrices fédérales* ne prévoient pas directement ce genre de réserve¹⁰⁶.
3. **Priorité aux besoins des enfants.** Les besoins des enfants ont priorité sur ceux des parents et "les débiteurs doivent faire passer les paiements destinés aux soins des enfants avant les paiements sur les voitures, une importante hypothèque, les divertissements, le tabac,

¹⁰² Nous nous sommes inspirés, pour l'ordre des rubriques, des résumés proposés notamment par C. DAVIES, *supra* note 47 aux pp. 101-102 et par A.A. MAMO, *supra* note 51 aux pp. 129-130.

¹⁰³ *Supra* note 5 à la p. 709 [notes omises].

¹⁰⁴ Voir *supra* notes 57 à 62 et le texte correspondant.

¹⁰⁵ *Supra* note 5 à la p. 709 [nos italiques]. Voir aussi nos commentaires sur la position de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Levesque*, *supra* notes 96 à 99 et le texte correspondant à la section 2.2.4..

¹⁰⁶ Chapitre II, *infra* section 2.2.1. à la p. 62.

l'alcool, les loisirs, l'épargne-vacances et les dettes"¹⁰⁷. Cet énoncé est également conforme à la tendance jurisprudentielle actuelle. De plus, les barèmes fédéral et provincial précisent que le montant de pension alimentaire pour l'enfant mineur doit être fixé distinctement de celui accordé à l'ex-conjoint, les besoins des enfants devant être comblés dans un premier temps, s'il y a lieu¹⁰⁸.

4. **Évaluation de la capacité de payer.** En évaluant la capacité de payer de chaque parent ainsi que leurs ressources respectives, "tous leurs avoirs doivent être pris en considération ainsi que le coût de la contribution non financière du parent ayant la garde"¹⁰⁹. Les coûts cachés ou indirects doivent donc faire partie de la contribution du parent gardien. La Cour suprême confirme ainsi qu'une interprétation large de la notion de ressources doit prévaloir, à l'instar de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Levesque*.

5. **Impact d'une nouvelle famille.** Dans les cas où l'un des conjoints a refait sa vie, la Cour rappelle que "[l]es obligations que contracte un époux envers une nouvelle famille ne font cesser aucune obligation envers la première famille"¹¹⁰. L'impact des familles reconstituées constitue d'ailleurs encore aujourd'hui, après l'adoption des barèmes, une question controversée tout comme l'avait fait ressortir la Cour d'appel de l'Alberta dans les lignes directrices qu'elle proposait¹¹¹.

6. **Maintien du niveau de vie.** La règle du maintien du niveau de vie antérieur des enfants est rappelée par la Cour suprême puisque "la pension pour enfants n'est pas nécessairement déterminée par la somme qui leur était habituellement consacrée, étant donné qu'il peut s'agir d'une somme trop faible ou réduite à cause du revenu disponible. Les besoins des enfants devraient refléter, dans la mesure du possible, le niveau de vie dont ils jouissaient pendant la cohabitation. Lorsque cela s'avère impossible, le niveau de

¹⁰⁷ *Supra* note 5 à la p. 709 [notes omises].

¹⁰⁸ *Infra* note 175 et le texte correspondant.

¹⁰⁹ *Supra* note 5 à la p. 709 [notes omises].

¹¹⁰ *Ibid.* aux pp. 709-710 [notes omises].

¹¹¹ Voir *supra* notes 74 à 79 et le texte correspondant. Voir également, dans le cadre des barèmes en vigueur depuis le 1^{er} mai 1997, notre analyse de l'exercice de la discrétion judiciaire lorsque l'une des parties invoque des difficultés excessives en raison de la responsabilité d'une nouvelle famille : chapitre III, *infra* section 2.2.4 aux pp. 119 et ss.

vie des enfants ne devrait pas être sensiblement inférieur à celui dont jouit le parent non-gardien"¹¹². La règle du maintien du niveau de vie antérieur de l'enfant constitue donc une règle bien établie par les tribunaux, conformément aux enseignements de la formule *Paras*.

7. **Évaluation du coût des enfants.** La Cour, toujours sous la plume de C. L'HEUREUX-DUBÉ, rappelle l'importance de dresser un bilan distinct des dépenses relatives à l'enfant. Pour refléter adéquatement la réalité, ce bilan devrait considérer les éléments suivants des coûts relatifs à l'enfant :

- Les **coûts directs**, qui "comprennent la part des enfants dans le loyer, la nourriture, la lessive¹¹³ ainsi qu'une somme raisonnable pour l'habillement, les besoins récréatifs, l'école, l'argent de poche, les services de garde et le transport pour n'en nommer que quelques-uns"¹¹⁴.
- Les **coûts reliés au droit d'accès**, c'est-à-dire "les dépenses raisonnables faites par le père ou la mère en vue des visites du conjoint non-gardien"¹¹⁵.
- Les **coûts cachés**, qui représentent "la valeur estimée des tâches additionnelles liées à l'entretien du foyer, au magasinage, à la maternité et aux soins maternels qu'assume le conjoint gardien, ainsi que le coût de renonciation résultant de ces responsabilités"¹¹⁶. Ce que la Cour suprême qualifie de coûts d'option (perte de possibilités reliées à la carrière, le fait d'occuper un travail moins rémunérateur, le vieillissement des qualifications professionnelles, ou encore la perte de contributions à un fonds de pension) devrait plutôt être pris en considération dans l'attribution de la pension alimentaire entre époux, puisque

¹¹² *Supra* note 5 à la p. 710.

¹¹³ Ce que la Cour d'appel de l'Alberta appelait les coûts "indirects" reliés au logement dont un pourcentage devait être attribué à l'enfant, *supra* section 2.2.2.2 à la p. 28.

¹¹⁴ *Supra* note 5 à la p. 720.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*

leur effet se fait sentir bien après que les enfants ne sont plus à la charge du parent gardien¹¹⁷.

8. **La fixation de la pension alimentaire.** Finalement, la somme des coûts directs et des coûts cachés, y compris les coûts raisonnables liés au droit de visite, représente l'estimation des besoins totaux des enfants. La Cour doit ensuite apprécier le caractère raisonnable de ces besoins eu égard aux ressources des parents. Pour ce faire, la Cour suprême n'offre pas de test décisif comme le fait l'arrêt *Levesque*. Les coûts engagés pour répondre à ces besoins sont ensuite répartis entre les parents en proportion de leurs ressources respectives, y compris les contributions aux coûts cachés en prenant en considération les coûts déjà assumés par chaque parent et leurs besoins de subsistance. Enfin, l'impact fiscal doit être évalué¹¹⁸.

Les deux différences majeures entre la formule *Levesque* et la formule *Willick* résident donc dans la déduction d'une réserve de subsistance et la prise en considération des coûts cachés. Même si la Cour d'appel de l'Alberta traite de ces coûts qu'elle qualifie de "soft costs" ou "economic costs", ceux-ci ne sont pas pris en compte dans la répartition du coût de l'enfant de manière aussi directe et systématique que le suggère le juge L'HEUREUX-DUBÉ. Pourtant, ces deux aspects distinctifs font l'objet d'une abondante jurisprudence au Québec, comme nous l'avons vu lors de l'étude de la formule *Paras* et de son application chez nous. Les tribunaux, incluant la Cour d'appel, ont déjà décidé que le débiteur devait assumer une plus grande part dans le coût des enfants en raison des coûts cachés assumés par le créancier des aliments qui assume la garde¹¹⁹. Parfois ces coûts ont été considérés en réponse au fait que le parent non-gardien n'exerçait pas ses droits de visite, cet état de fait engendrant une charge additionnelle pour le parent gardien¹²⁰. Toujours est-il que, tant par le mécanisme d'une

¹¹⁷ *Supra* note 5 à la p.723.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Voir les affaires suivantes citées *supra* note 60 et le texte correspondant : *Droit de la famille-1755*, *Droit de la famille-1550* et *Droit de la famille-590*. Pour la jurisprudence postérieure à l'affaire *Willick*, voir entre autres : *Droit de la famille-2497*, [1996] R.D.F. 768 (C.S.); *Droit de la famille-2196*, *supra* note 62; *Droit de la famille-2284*, [1995] R.D.F. 710 (C.S.); *Droit de la famille-2295*, [1995] R.D.F. 770 (C.S.); *Droit de la famille-2286*, [1995] R.D.F. 739 (C.S.); *Droit de la famille-2195*, [1995] R.D.F. 298 (C.S.).

¹²⁰ *Droit de la famille-1247*, [1989] R.D.F. 274 (C.S.). Voir à ce sujet la prise en considération de ce facteur au titre de difficultés excessives dans le cadre des barèmes en vigueur depuis le 1^{er} mai 1997 : chapitre III, *infra* section 2.2.1. aux pp. 107 et ss.

réserve de subsistance pour le parent ayant de faibles revenus que par la prise en considération des coûts cachés, les tribunaux du Québec ont rarement réparti l'obligation des parents de façon mathématique, préférant plutôt utiliser leur pouvoir discrétionnaire pour ce faire. La prise en considération des coûts cachés a donc eu un effet direct sur la règle du partage des coûts au *prorata* des revenus, comme le fait ressortir le juge BEAUREGARD de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Droit de la famille-1550* :

Il est vrai qu'après avoir déterminé que l'appelant gagnait seulement les deux tiers des revenus globaux des parties, la juge a condamné l'appelant à payer 75 % des besoins des enfants. La juge a à bon droit tenu compte que c'est l'intimée qui a la plupart du temps les enfants avec elle et que les efforts qu'elle met pour en prendre soin et les élever doivent lui être comptés. Par ailleurs, on ne doit pas nécessairement faire une équation exacte entre les revenus et les contributions des parties. On peut tenir compte des besoins vitaux personnels d'un débiteur alimentaire avant de condamner celui-ci à contribuer aux besoins alimentaires d'un créancier¹²¹.

Après avoir calculé le paiement de la pension alimentaire et procédé aux déductions fiscales, le juge ne peut être persuadé que le jugement de première instance constitue une injustice alors que "vivant seul, l'appelant dispose d'une somme de 30 000 \$ alors que l'intimée dispose de 34 000 \$ pour vivre avec les deux adolescents"¹²².

Pour C. L'HEUREUX-DUBÉ, omettre de tenir compte des coûts cachés laisserait supposer que les services liés aux soins et à l'éducation des enfants n'ont une "valeur" que dans la mesure où ils sont dispensés par une tierce partie, comme une gardienne par exemple, et ne représentent rien lorsque la mère ne travaille pas à l'extérieur pour s'occuper des enfants¹²³. Pour elle, la "[l]oi actuelle dicte une conception de l'échec du mariage qui rejette clairement un tel message"¹²⁴. Elle rappelle que dans l'arrêt *Moge*¹²⁵, la Cour suprême a reconnu qu'il fallait donner aux contributions non pécuniaires, comme le travail au foyer, une valeur réelle dans l'établissement de la pension alimentaire entre conjoints, et ce, conformément à l'esprit

¹²¹ *Supra* note 60 à la p. 162.

¹²² *Ibid.* à la p. 163.

¹²³ *Supra* note 5 à la p. 721.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Supra* note 86.

de la *Loi de 1985 sur le divorce*¹²⁶. Le même exercice devrait donc être effectué lorsqu'il est question d'attribuer des pensions alimentaires pour enfants.

La formule proposée par le juge L'HEUREUX-DUBÉ prend tout son sens lorsqu'elle discute de la connaissance judiciaire, cette règle qu'elle utilise afin de permettre aux tribunaux d'interpréter les lois en fonction du contexte où elles ont été adoptées. Pour C. L'HEUREUX-DUBÉ, le pouvoir discrétionnaire demeure essentiel afin de bien évaluer la situation particulière de chaque famille. Elle reconnaît, à l'instar de la Cour d'appel de l'Alberta, que la principale difficulté pour un juge consiste à évaluer le coût relié à l'entretien et à l'éducation des enfants. Si la Cour d'appel de l'Alberta pressait le Barreau de rechercher des moyens plus sophistiqués et standardisés pour faciliter l'évaluation du coût de l'enfant, la Cour suprême, dans l'approche minoritaire suggérée par C. L'HEUREUX-DUBÉ, rejette une telle méthode. Elle suggère plutôt aux tribunaux d'utiliser leur connaissance d'office pour s'inspirer du contexte historique, social et économique dans lequel évolue le droit de la famille. L'interprétation de la loi dans son contexte socio-économique constitue donc la principale contribution de l'approche minoritaire de la Cour suprême pour soutenir les tribunaux dans la détermination du coût de l'enfant; parallèlement, l'apport analogue de la Cour d'appel de l'Alberta dans *Levesque* se traduit sans contredit par son "test décisif".

2.3.2. LA CONNAISSANCE D'OFFICE ET L'INTERPRÉTATION DE LA LOI DANS SON CONTEXTE SOCIO-ÉCONOMIQUE

Nous proposons d'exposer ici comment la règle de la connaissance d'office peut favoriser la prise en compte du contexte socio-économique dans l'évaluation de la pension alimentaire à travers l'approche élaborée par une minorité de juges de la Cour suprême dans l'affaire *Willick*.

La règle de la connaissance d'office, en tant que mécanisme d'interprétation des lois, est une approche complexe, controversée et ayant fait l'objet de beaucoup de littérature. Même s'il s'agit d'un sujet vaste dont nous n'avons pas l'intention de traiter en profondeur ici, il nous

¹²⁶ *Supra* note 5 à la p. 721.

apparaît essentiel de l'aborder brièvement ci-dessous en raison du caractère prometteur qu'offre l'utilisation de cette règle comme méthode d'interprétation de la loi en matière de fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur. Ainsi, cette approche préconisée par C. L'HEUREUX-DUBÉ n'a pas été suivie par la majorité des juges de la Cour suprême qui lui préfère les principes traditionnels d'interprétation des lois. Rappelons pourtant que, bien qu'utilisant deux méthodes d'interprétation différentes, tous les juges disposent de la même façon du litige et arrivent au même résultat.

Pour C. L'HEUREUX-DUBÉ, la règle de la connaissance d'office permet aux tribunaux d'interpréter les lois dans leur contexte. Les lois régissant le droit de la famille n'existent pas dans l'abstrait et le législateur, en adoptant celles-ci, est censé connaître le contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention¹²⁷. Comme la Cour suprême a adopté cette approche en matière d'aliments entre conjoints dans l'arrêt *Moge*¹²⁸, C. L'HEUREUX-DUBÉ est d'avis que la situation "particulièrement vulnérable" des enfants au moment du divorce milite en faveur d'une interprétation de la *Loi de 1985 sur le divorce* dans son contexte social et ne peut se contenter des règles classiques d'interprétation des lois. C'est ainsi que "l'interprétation consciencieuse des critères législatifs en matière de droit de la famille et plus encore leur application ne peut se faire sans prendre en considération à la fois le texte de loi et la réalité dans laquelle elle s'inscrit"¹²⁹. C. L'HEUREUX-DUBÉ fait donc beaucoup appel à cette notion nouvelle en matière familiale, mais utilisée en *common law*, notamment dans les affaires constitutionnelles.

Cette méthode d'interprétation des lois est bien connue de nos voisins du sud puisqu'aux États-Unis naquit au début du XX^e siècle le courant du réalisme américain, rejetant le principe selon lequel la loi serait immuable¹³⁰. Cette dernière, en tant qu'institution, est influencée par les changements et les besoins sociaux et acquiert de l'expérience¹³¹. C. L'HEUREUX-DUBÉ souligne que, depuis 1908, la Cour suprême des États-Unis réfère aux études en sciences

¹²⁷ *Ibid.* à la p. 699.

¹²⁸ *Supra* note 86.

¹²⁹ *Supra* note 5 à la p. 700 [souligné dans l'original].

¹³⁰ C. L'HEUREUX-DUBÉ, "Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context" (1994) 26 *Ottawa Law Review* 551 à la p. 553.

¹³¹ O.W. HOLMES Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881 à la p. 1, cité par C. L'HEUREUX-DUBÉ, *ibid.*

sociales et aux données socio-économiques "tant pour rechercher le fondement des règles de droit que pour les soumettre à la critique"¹³².

L'objectif demeure toujours celui d'éviter aux parties de faire la preuve de faits suffisamment notoires et non susceptibles de contestation. En *common law*, l'utilisation de la connaissance judiciaire est encadrée afin de faciliter la preuve lors de procès. Au Canada, la doctrine de la connaissance d'office peut se définir comme suit :

Judicial notice is the acceptance by a court or judicial tribunal, in a civil or criminal proceeding, without the requirement of proof, of the truth of a particular fact or state of affairs. Facts which are (a) so notorious as not to be the subject of dispute among reasonable persons, or (b) capable of immediate and accurate demonstration by resorting to readily accessible sources of indisputable accuracy, may be noticed by the court without proof of them by any party. The practice of taking judicial notice of facts is justified. It expedites the process of the courts, it creates uniformity in decision making and it keeps the court receptive to societal change. Furthermore, the tacit judicial notice that surely occurs in every hearing is indispensable to the normal reasoning process¹³³.

L'utilisation de la connaissance d'office constitue ainsi une tentative concrète d'objectiver les critères de fixation de la pension alimentaire pour enfants. En effet, C. L'HEUREUX-DUBÉ insiste sur les avantages d'utiliser le contexte social devant l'ambiguïté des dispositions législatives régissant la fixation d'une telle pension. Le juge ne pourra donner une interprétation juste des termes "besoins" et "moyens" ou de "l'intérêt de l'enfant" que s'il est conscient du contexte socio-économique dans lequel évoluent les femmes et les enfants, incluant le phénomène de féminisation de la pauvreté et la prise en charge par le parent gardien des coûts cachés reliés à l'entretien et l'éducation d'un enfant¹³⁴.

Ainsi, grâce à la connaissance d'office, C. L'HEUREUX-DUBÉ examine les coûts et les modèles de coûts afférents aux enfants, en plus de passer en revue les statistiques sur la pauvreté des femmes et des enfants à la suite d'un divorce, dont nous avons fait état à la section 1.2. La prise en considération de ce contexte lui permettra ensuite d'examiner les faits de l'espèce en

¹³² *Supra* note 5 à la p. 700.

¹³³ J. SOPINKA, S.N. LEDERMAN et A.W. BRYANT, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 976, cité par C. L'HEUREUX-DUBÉ, *supra* note 130 à la p. 559.

¹³⁴ *Supra* note 5 aux pp. 706-707.

ayant une vision beaucoup plus concrète et réaliste de la situation familiale dont elle doit disposer. Mentionnons que les tribunaux ont déjà pris connaissance d'office de statistiques sur les coûts des enfants et du fait que les dépenses consacrées aux enfants augmentent à mesure qu'ils grandissent¹³⁵.

La question de la connaissance judiciaire a fait couler beaucoup d'encre aux États-Unis et au Canada¹³⁶. Au Canada, cette tendance s'est amorcée avec la position sans équivoque de C. L'HEUREUX-DUBÉ, mais l'effet de son approche demeure mitigé dans la mesure où, dans l'arrêt *Moge*¹³⁷, c'est la majorité de la Cour suprême qui adhère à l'interprétation de la *Loi sur le divorce* à travers son contexte social lors d'un litige entourant la modification de l'ordonnance alimentaire entre conjoints; or, dans l'arrêt *Willick*, l'approche de la connaissance judiciaire visant à tenir compte du contexte socio-économique en matière de fixation de la pension alimentaire pour enfants n'est pas retenue par la majorité qui lui préfère la méthode classique d'interprétation des lois. Dans la mesure où tous les juges aboutissent à un résultat unanime, il est difficile de critiquer cette position. Cela met en relief la difficulté de laisser aux tribunaux la faculté de soupeser les intérêts collectifs de la société avec les intérêts particuliers des familles et des enfants dans un système entièrement discrétionnaire.

CONCLUSION

Nous terminons ici un chapitre exposant de façon détaillée et en profondeur le contexte historique, social et jurisprudentiel précédant la réforme législative sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants. Cette étape apparaissait essentielle à ce mémoire puisqu'à notre avis, cette réflexion s'avère nécessaire pour bien soupeser l'ampleur de la réforme et son importance. Par ailleurs, le Comité de suivi du modèle québécois, comme

¹³⁵ *Ibid.* aux pp. 739-740. Voir la jurisprudence citée par J.D. PAYNE, *supra* note 51 aux pp. 274-275 à la note 33. Ce que la Cour suprême expose à nouveau, toujours sous la plume de C. L'HEUREUX-DUBÉ mais cette fois en *obiter*, dans l'arrêt *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518 à la p. 528.

¹³⁶ Voir à ce sujet, notamment : C. L'HEUREUX-DUBÉ, *supra* note 130 et R.J. WILLIAMS, "Grasping a Thorny Baton... A Trial Judge Looks at Judicial Notice and Courts' Acquisition of Social Science" (1996-97) 14 C.F.L.Q. 179.

¹³⁷ *Supra* note 86.

nous y reviendrons dans la conclusion générale de ce mémoire, confirme que le succès de la réforme repose en grande partie sur le long processus (près de huit ans) d'études et de consultations qui a précédé l'entrée en vigueur de la loi.

La fixation des pensions alimentaires pour enfants constitue un sujet délicat laissant place à beaucoup d'insécurité, tant pour les parties elles-mêmes que pour la société en général, incluant les juges chargés d'appliquer et d'interpréter la loi. Les tribunaux aspirent à continuer d'exercer leur discrétion judiciaire afin que justice soit rendue dans chaque cas particulier, mais ils réclament des "balises" afin que, dans la mesure du possible, leurs décisions soient éclairées et uniformes. Les approches directrices des arrêts *Levesque* et *Willick* démontrent la volonté du pouvoir judiciaire de corriger les injustices sociales dont ils ont connaissance et qui résultent tant d'une évaluation insuffisante des besoins des enfants dans la fixation de la pension alimentaire que de la répartition inéquitable des ressources des parents au regard de leur responsabilité commune. Mais quel doit être le rôle des tribunaux face à ces injustices ? Si le pouvoir d'amorcer les changements visant une meilleure application de la loi leur est conféré, la justice ne deviendrait-elle pas la scène d'un débat sur les enjeux collectifs et sociaux de préférence aux intérêts individuels dont il est précisément question ?

Le pouvoir législatif a de toute façon tranché : la normalisation législative en droit de la famille, et plus précisément en matière de fixation des pensions alimentaires pour enfants s'avère la solution privilégiée. Le message est clair : les enjeux sociaux du droit de la famille demeurent soumis à des questions de politique générale qui relèvent précisément du pouvoir politique. L'État se responsabilise en matière de fixation de la pension alimentaire pour enfants; le prochain chapitre sera donc consacré à la description de la réforme engagée par le gouvernement fédéral et le gouvernement du Québec.

Chapitre II

La discrétion judiciaire normalisée par la législation instaurant les barèmes

L'adoption d'une formule de fixation des pensions alimentaires pour enfants est une étape importante vers une approche du droit de la famille axée sur l'enfant et une telle approche pour fixer la pension alimentaire pour enfants est dans le meilleur intérêt des enfants canadiens¹³⁸.

INTRODUCTION

Les formules jurisprudentielles imaginées par les tribunaux ont permis de franchir un grand pas vers une plus grande uniformité dans les méthodes de fixation des pensions alimentaires pour enfants. Les formules *Paras*, *Levesque* et *Willick* constituent encore aujourd'hui, après la réforme, des balises lors de l'exercice de la discrétion judiciaire à l'intérieur des barèmes de fixation de la pension alimentaire.

Néanmoins, les gouvernements fédéral et québécois ont maintenu leur volonté d'intervenir pour garantir aux familles un traitement uniforme et équitable lors de la fixation de la pension alimentaire pour enfants. À l'instar d'autres pays anglo-saxons comme les États-

¹³⁸ CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants - Sommaire*, Ottawa, janvier 1995 à la p. 3.

Unis, l'Angleterre, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, le Canada a fait le choix politique de s'immiscer dans cette sphère privée du droit que sont les rapports familiaux, dans un contexte social où les différents régimes sociaux doivent souvent remédier à la déficience ou l'inadéquation de la solidarité familiale. Or, comme le souligne le Conseil du statut de la femme, la réforme proposée s'inscrit "dans la recherche d'une plus grande équité économique entre les parents séparés et d'un meilleur bien-être de leurs enfants", dans le cadre d'une véritable politique familiale et non le seul souci de "réduire les dépenses au chapitre de l'assistance publique aux mères seules"¹³⁹.

Dans ce chapitre, nous verrons comment ce choix politique s'est articulé autour des modifications législatives qui ont permis la mise en œuvre de lignes directrices précises relatives à la fixation de la pension alimentaire destinée aux enfants.

1. LA FIXATION DES PENSIONS ALIMENTAIRES POUR ENFANTS DEPUIS LE 1^{er} MAI 1997 : L'UNIFORMITÉ DE LA LOI

1.1. LES MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

Après plusieurs années d'études et de consultations, c'est finalement en mars 1996, lors du discours sur le budget fédéral, que le ministre de la Justice annonce son intention d'introduire des lignes directrices pour la fixation des pensions alimentaires pour enfants, par le biais d'amendements à la *Loi de 1985 sur le divorce*. Il annonce également des modifications à la *Loi sur l'impôt*, de sorte que les pensions alimentaires pour enfants ne seront plus, dorénavant, imposables pour le créancier ni déductibles pour le débiteur. L'abolition du régime fiscal de déduction-inclusion constitue également un choix politique intervenu à la suite de l'affaire *Thibaudeau*¹⁴⁰ de la Cour suprême. Par conséquent, il n'est plus nécessaire de tenir compte de l'impact fiscal de la pension alimentaire sur les revenus des parties.

¹³⁹ QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Avis sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Québec : le Conseil, octobre 1995 à la p. 7.

¹⁴⁰ *Thibaudeau c. La Reine*, [1995] 2 R.C.S. 627.

Le projet de loi C-41¹⁴¹, déposé en première lecture le 30 mai 1996, est adopté par la Chambre des communes le 18 novembre suivant. Le Sénat l'entérine avec modifications le 13 février 1997 et, le 19 février suivant, il reçoit la sanction royale. Cette nouvelle législation, qui établit un cadre réglementaire¹⁴² pour l'élaboration des lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1997. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*¹⁴³ ont été élaborées par règlement, et ce, pour trois principales raisons : une meilleure lisibilité, la capacité de réagir rapidement aux modifications et, finalement, pour permettre aux provinces d'adopter leurs propres lignes directrices tant en droit civil (droit provincial en vigueur) qu'en vertu de la *Loi sur le divorce*¹⁴⁴. Elles sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 1997 et ont fait l'objet d'une première modification le 9 décembre 1997¹⁴⁵.

Dès le départ, le Québec avait manifesté son intention d'adopter ses propres règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants¹⁴⁶. Puisque le paragraphe 1(4) du projet de loi C-41 (paragraphe 2(5) de la *Loi sur le divorce*) permettait la désignation par le Gouverneur en conseil d'une province pour l'application de la définition de "*lignes directrices applicables*", le Québec a travaillé à l'adoption de son propre modèle. Le projet de loi 68¹⁴⁷ est donc présenté à l'Assemblée nationale le 14 novembre 1996. L'adoption du principe est votée le 26 novembre suivant, suivie du renvoi en commission parlementaire. C'est le 20 décembre 1996 que le projet de loi est adopté pour être sanctionné le 23 décembre 1996. L'entrée en vigueur a eu lieu le 1^{er} mai 1997 de façon à s'harmoniser avec l'entrée en vigueur du système fédéral.

¹⁴¹ *Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada*, L.C. 1997, c. 1 [toute référence ultérieure à la *Loi sur le divorce* signifie la version telle que modifiée par le projet de loi C-41].

¹⁴² Art. 26.1(1) *Loi sur le divorce*.

¹⁴³ DORS/97-175 [ci-après les *Lignes directrices fédérales*].

¹⁴⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, "Les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants" dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal (Qué.), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1997, 313 à la p. 315.

¹⁴⁵ DORS/97-563 et DORS/99-136.

¹⁴⁶ COMITÉ FÉDÉRAL, *supra* note 44 à la p. 104 et F. GAUVIN, *supra* note 42 à la p. 140.

¹⁴⁷ *Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, L.Q. 1996, c. 68 [toute référence ultérieure sera faite aux articles en vigueur et modifiés par le projet de loi 68 dans le *Code civil du Québec*, le *Code de procédure civile* ou le *Règlement*, *infra* note 148].

Des "lignes directrices québécoises" ont également été adoptées par règlement en vertu du pouvoir réglementaire prévu par l'article 825.8 du *Code de procédure civile*. Le *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*¹⁴⁸, accompagné en annexe du *Formulaire de fixation des pensions alimentaires pour enfants* et de la *Table de fixation de la contribution parentale de base* sont aussi entrés en vigueur le 1^{er} mai 1997. Le Québec a été désigné par le Gouverneur en conseil conformément au paragraphe 2(5) de la *Loi sur le divorce*¹⁴⁹. La plupart des provinces et territoires ont adopté des lignes directrices pour la fixation des pensions alimentaires en vertu de leurs législations provinciales, mais seuls le Manitoba, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard et le Québec ont été désignés en application du paragraphe 2(5) de la *Loi sur le divorce*¹⁵⁰. Cette désignation a pour effet de permettre également l'application du système élaboré par la province en matière de divorce.

Ainsi, les règles de fixation québécoises s'appliquent automatiquement au Québec pour les recours formés en vertu du *Code civil du Québec* lors des demandes en séparation de corps ou des requêtes pour pension alimentaire entre conjoints non-mariés pour le bénéfice d'un enfant. En matière de divorce, la définition de "lignes directrices applicables" à l'article 2(1) de la *Loi sur le divorce* édicte que, lorsque les époux résident dans la même province à la date de la demande alimentaire, ce sont les lignes directrices de cette province qui doivent s'appliquer si cette province a été désignée. Le Québec ayant été désigné par décret, il faut considérer les textes législatifs qui y sont précisés comme complets. Ainsi, en matière de divorce au Québec, les "lignes directrices applicables" sont celles édictées par le gouvernement du Québec et entrées en vigueur le 1^{er} mai 1997. Les *Lignes directrices québécoises* s'appliquent dès que les deux parties demeurent habituellement au Québec. Si l'un des conjoints habite dans une autre province ou à l'extérieur du pays, les *Lignes directrices fédérales* seront alors utilisées.

¹⁴⁸ D. 484-97, 16 avril 1997, 129 G.O.Q. 1997.II.2117 [ci-après le *Règlement* ou les *Lignes directrices québécoises*].

¹⁴⁹ Décret désignant la province de Québec pour l'application de la définition de "lignes directrices applicables" au paragraphe 2(1) de la *Loi sur le divorce*, DORS/97-237.

¹⁵⁰ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, "Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants au Canada" dans *Pensions alimentaires pour enfants - Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, Ottawa, 1997 à la p. J-57 [ci-après *Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*]. Le Yukon et l'Alberta ne possèdent pas de lignes directrices provinciales ou territoriales, alors que la Colombie-Britannique, les Territoires du Nord-Ouest, la Saskatchewan, l'Ontario, Terre-Neuve, la Nouvelle-Écosse et le Nunavut ont adopté les *Lignes directrices fédérales* avec des modifications mineures, sans désignation, *ibid.* Même parmi les provinces désignées, seul le Québec n'a pas adopté les *Lignes directrices fédérales* mais a créé son propre système.

Certaines questions de droit transitoire se sont posées lors de l'entrée en vigueur de cette nouvelle législation mais elles sont actuellement réglées. Les *Lignes directrices québécoises* ne s'appliquent pas aux instances en cours le 1^{er} mai 1997 en contexte civiliste¹⁵¹, mais seulement aux demandes présentées après cette date. En matière de divorce, les tribunaux ont tranché à l'effet que les barèmes fédéraux étant d'application immédiate, les lignes directrices devaient être utilisées pour les instances en cours le 1^{er} mai 1997¹⁵². S'est alors posée la question de savoir quelles lignes directrices (fédérales ou provinciales) devraient être utilisées pour les instances en cours, celles du Québec ne devant pas s'appliquer pour les dossiers commencés avant le 1^{er} mai 1997. Or, la Cour d'appel du Québec a décidé qu'en matière de divorce, les tribunaux devaient utiliser les *Lignes directrices fédérales* pour les instances en cours, alors qu'habituellement, lorsque les parties résident au Québec, elles sont régies par les barèmes québécois¹⁵³. En fait, les *Lignes directrices fédérales* s'appliquent donc au Québec dans les dossiers de divorce commencés avant le 1^{er} mai 1997 même si les demandes de modifications ultérieures seront régies par les *Lignes directrices québécoises*, ce qui constitue une approche contestable au regard de l'objectif d'uniformité du nouveau système. C'est donc dire que certains couples résidant au Québec seront régis par les *Lignes directrices fédérales* du simple fait que les procédures de divorce ont débuté avant le 1^{er} mai 1997¹⁵⁴.

1.2. LES OBJECTIFS

Nous avons fait état au premier chapitre des critiques adressées au système discrétionnaire *besoins-moyens* de fixation des pensions alimentaires pour enfants et du constat fait par le Comité fédéral quant au manque d'uniformité des pensions alimentaires accordées d'un tribunal à un autre, l'insuffisance des montants et le caractère inéquitable du système de fixation antérieur¹⁵⁵. Or, les principes et objectifs qui sous-tendent la nouvelle législation font ressortir les préoccupations dont les nombreux rapports de recherche et de consultations

¹⁵¹ Art. 3 du projet de loi 68, *supra* note 147.

¹⁵² *Droit de la famille-3034*, [1998] R.J.Q. 1706 (C.A.) qui retient le courant jurisprudentiel de la thèse du juge J.-P. SÉNÉCHAL dans *Droit de la famille-2702*, [1997] R.J.Q. 1960 (C.S.).

¹⁵³ *Droit de la famille – 3034*, *ibid.*, qui retient sur cette question le courant jurisprudentiel élaboré par le juge P.J. DALPHOND dans *Droit de la famille-2761*, [1997] R.J.Q. 2526 (C.S.).

¹⁵⁴ Au sujet du manque d'uniformité de cette approche, voir D. GOUBAU, *supra* note 9 à la p. 5,330.

¹⁵⁵ Voir le chapitre I, *supra* section I.3 à la page 13.

rendus publics tant par les gouvernements fédéral que provincial ont fait état. L'article 1 des *Lignes directrices fédérales* précise que celles-ci visent à :

[...]

- a) *établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;*
- b) *réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;*
- c) *améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;*
- d) *assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.*

Quant aux *Lignes directrices québécoises*, les principes et objectifs ne sont pas énumérés dans la législation applicable, mais ils se retrouvent dans les documents de consultation présentés dans le cadre de l'élaboration du projet de loi 68 :

- a) *affirmer la commune responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants;*
- b) *assurer aux enfants la couverture de leurs besoins en fonction de la capacité de payer des parents;*
- c) *partager entre les deux parents la responsabilité du soutien financier des enfants en fonction des revenus respectifs des parents;*
- d) *considérer comme prioritaire l'obligation alimentaire du débiteur par rapport aux dépenses qui excèdent ses propres besoins essentiels;*
- e) *reconnaître autant que possible l'égalité de traitement de tous les enfants issus de différentes unions en ce qui a trait à leur droit à des aliments;*
- f) *maintenir autant que possible l'incitation des parents à faibles revenus à remplir leurs obligations alimentaires à l'égard de leurs enfants¹⁵⁶.*

Il s'agit essentiellement des mêmes préoccupations au fédéral et au Québec qui ont conduit à l'adoption de modèles prévisibles de fixation de pensions alimentaires pour enfants. Ces principes et objectifs devront guider toute intervention du tribunal lors de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'intérieur des barèmes, de sorte que l'exercice de cette discrétion ne

¹⁵⁶ QUÉBEC, Ministère de la Sécurité du revenu, *Modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants – document de consultation*, Québec, juin 1996.

puisse mettre en péril l'équilibre que vise le nouveau système entre une plus grande prévisibilité et une certaine souplesse.

1.3. UN SYSTÈME PRÉSOMPTIF

Afin que les enfants canadiens retirent le plus d'avantages possible de l'application d'une formule de fixation de la pension alimentaire, le Comité fédéral recommandait qu'elle soit appliquée à l'instar d'une présomption réfutable¹⁵⁷. Cette recommandation, retenue tant par la législation fédérale que provinciale, vise justement à maintenir un équilibre entre la rigidité d'une formule (prévisibilité) et une certaine flexibilité lors de sa mise en œuvre. Cette souplesse permet donc la prise en compte de situations familiales particulières. Ainsi, les barèmes prévoient que la contribution alimentaire de base, établie selon les tables, est présumée répondre aux *besoins* des enfants et aux *facultés* des parents¹⁵⁸. L'ancien système de fixation laissait au tribunal l'appréciation de la détermination des *besoins* et *moyens* des parties de façon complètement discrétionnaire. La présomption établie par les barèmes peut être renversée de façon à ce que le tribunal prenne en considération un certain nombre de facteurs, tels : le temps que l'enfant passe avec l'un ou l'autre des parents, les coûts reliés à l'exercice des droits de visite, les frais supplémentaires (incluant les frais médicaux, les activités parascolaires de l'enfant ou les frais de garde encourus pour occuper un emploi), les frais d'études postsecondaires et, enfin, les difficultés excessives résultant du calcul de la pension alimentaire (en raison, par exemple, des obligations engagées envers une nouvelle famille ou d'un niveau d'endettement très élevé). La prise en considération de ces différents facteurs appelés "portes de sortie" est régie par les *Lignes directrices fédérales* et le *Règlement* au Québec. Elle nécessite l'exercice d'une certaine discrétion de la part du tribunal en fonction des critères permettant de déroger à l'application des barèmes initiaux présumés répondre aux besoins et aux moyens des parties.

¹⁵⁷ *Supra* note 44 à la p. iii.

¹⁵⁸ Art. 587.1 al. 1 C.c.Q. et art. 3 *Lignes directrices fédérales*. Bien qu'au fédéral le mot *présomption* ne soit pas employé, le caractère présomptif du système est confirmé par l'application des tables "sauf stipulation contraire". Voir également MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *supra* note 144 à la p. 317.

La présence de nombreuses portes de sortie donnant ouverture à la discrétion judiciaire comporte l'avantage d'assouplir la rigidité d'une formule entièrement présomptive. Par contre, ces mécanismes permettant de déroger à l'application stricte des barèmes mettent en danger les objectifs d'uniformité et de prévisibilité inhérents à la réforme. Le système devra tenter de trouver un équilibre entre ces pôles d'uniformité et de souplesse afin que ne soit pas mise en péril la réforme du système de fixation de la pension alimentaire pour enfants. Néanmoins, cette recherche d'un équilibre entre rigidité et souplesse apparaît préférable à un système entièrement obligatoire et complexe où la discrétion demeure limitée, comme ce fut le cas notamment en Grande-Bretagne. En avril 1993 entré en vigueur une formule de fixation de pension alimentaire rigide, dont le calcul très complexe fut confié à une agence administrative ne disposant d'aucune discrétion pour dévier des barèmes prévus¹⁵⁹. Le "*Child Support Agencies Annual Report*" (19 juillet 1995) faisait ressortir que seulement 46 % des pensions alimentaires calculées s'avéraient équitables, la satisfaction des clients ne dépassant guère 44 % (certains payeurs furent même conduits à la faillite ou au suicide)¹⁶⁰.

La présomption que les montants obtenus selon les tables répondent aux besoins des enfants repose sur une formule mathématique basée sur un modèle économique donné permettant d'évaluer ce qu'il en coûte pour élever un enfant. En effet, les parents n'auront plus à apporter devant le tribunal la preuve des dépenses engagées pour élever leurs enfants et de ce qu'on appelait le "coût de l'enfant", à moins de tenter d'obtenir un montant différent des tables. Cette preuve laborieuse à faire était l'objet des principales préoccupations des tribunaux comme le démontrent les méthodes élaborées dans l'affaire *Levesque* et l'approche de C. L'HEUREUX-DUBÉ dans l'arrêt *Willick*.

Au fédéral, les modèles économiques permettant d'évaluer les dépenses occasionnées par les enfants au Canada et examinés par le Comité fédéral ne suscitaient guère d'enthousiasme chez les spécialistes¹⁶¹. Aussi, le Comité fédéral a-t-il choisi d'utiliser une méthode élaborée

¹⁵⁹ J.T. OLDHAM, "Lessons from the New English and Australian Child Support Systems", texte dactylographié d'une communication à la conférence régionale nord-américaine de l'Association internationale de droit familial : *Les relations parents-enfants en droit nord-américain*, Québec, juin 1996, à la p. 9 cité par D. GOUBAU, *supra* note 3, à la p. 17 note 28. Il s'agit du *Child Support Act*, 1991 c. 48 entré en vigueur en avril 1993.

¹⁶⁰ A. BISSETT-JOHNSON et J. FITZPATRICK, "Reform of the Law of Child Support: by Judicial Decision or by Legislation? (Pt. 2)" (1996) 75 R. du B. Can. 1 à la p. 9 note 177.

¹⁶¹ Pour un exposé exhaustif des différents modèles économiques examinés, voir COMITÉ FÉDÉRAL, *supra* note 28.

par Statistique Canada et appelée "échelle d'équivalence 40/30" pour déterminer les coûts attribuables aux enfants dans la période qui suit la rupture familiale¹⁶². Cette échelle estime qu'un couple a besoin de 40 % plus d'argent qu'une personne seule pour bénéficier du même niveau de vie que celle-ci. L'enfant entraîne, quant à lui, 30 % de plus de dépenses au sein de la famille. Cette échelle d'équivalence 40/30 est donc appliquée pour déterminer les besoins des enfants d'une famille monoparentale. Dans ce contexte, la formule prévoit que la deuxième personne du foyer est l'enfant et non un autre adulte. L'échelle augmente alors les revenus du foyer de 40 % pour le deuxième individu (l'enfant) comme s'il s'agissait d'un couple, et de 30 % pour les enfants subséquents. Cela permet de tenir compte des besoins des parents seuls (familles monoparentales), en obtenant des montants plus élevés. Cette équation se vérifie peu importe le niveau de revenu.

La deuxième partie de la méthode consiste à évaluer dans quelle proportion les dépenses occasionnées par les enfants doivent être partagées entre les parents. Des sept méthodes de répartition des dépenses possibles proposées dans le rapport de recherche de 1992, le Comité fédéral a adopté la formule révisée du pourcentage fixe (adaptation de la règle fondée sur un pourcentage fixe du revenu). L'hypothèse à la base de cette règle pose comme principe que, lorsque les deux parents ont des revenus similaires, les deux foyers séparés devraient jouir d'un niveau de vie analogue. Cette formule permet de déterminer le montant qui devrait être transféré du parent non-gardien au parent gardien pour faire en sorte que les deux ménages aient un niveau de vie équivalent. La formule se prête à cet exercice en prenant pour acquis que les deux ex-conjoints ont le même revenu et que la personne qui a la garde des enfants doit être compensée pour tendre à un niveau de vie analogue à celui de l'autre parent. Le montant transféré du parent non-gardien devient alors le montant de pension alimentaire payable par tous les parents non-gardiens ayant le même revenu, et ce, peu importe le revenu du parent gardien. Il ne s'agit donc pas d'une méthode d'égalisation des revenus ni d'un partage proportionnel en fonction du revenu de chacun. Comme bien souvent le revenu du

¹⁶² *Ibid.* à la p. 10.

parent gardien est inférieur à celui de l'autre parent, cette méthode protège l'enfant contre une baisse de niveau de vie¹⁶³.

Au Québec, c'est à partir des données québécoises de l'*Enquête sur les dépenses des ménages* réalisée par Statistique Canada (1986) que les tables de fixation de la contribution alimentaire ont été élaborées¹⁶⁴. Ces données ont été indexées sur la base de l'indice des prix à la consommation de Statistique Canada. Le modèle a été établi en comparant les dépenses totales des familles avec enfants à celles des couples sans enfants appartenant à la même classe de revenu. Neuf besoins de base ont été identifiés pour établir la proportion des dépenses en besoins essentiels en fonction du nombre de personnes dans la famille. Ces besoins de base sont : l'alimentation, le logement, les communications, l'entretien ménager, les soins personnels, l'habillement, l'ameublement, le transport et les loisirs. Une fois déterminée la proportion des dépenses en besoins essentiels pour l'enfant selon une tranche de revenu, cette proportion est appliquée à la totalité des dépenses de la famille, de sorte qu'on trouve ainsi la part des enfants dans la totalité des dépenses des familles, et pas seulement dans les besoins essentiels. Ainsi, les tables couvrent la totalité des besoins des enfants et non seulement les neuf jugés essentiels. Les montants des tables correspondent au coût moyen des dépenses des familles pour la totalité des besoins des enfants, selon leur tranche de revenu et selon le nombre d'enfants, ce qui a d'ailleurs fait l'objet d'une recommandation (n° 27) du Comité de suivi du modèle québécois afin que la ministre de la Justice précise cette affirmation par le moyen qu'elle jugera approprié pour éviter toute ambiguïté; en effet, plusieurs auraient erronément interprété que seuls les neuf besoins essentiels étaient couverts par les tables¹⁶⁵.

Les formules utilisées au Québec et au Canada demeurent somme toute assez simples. À titre d'exemple, ces modèles économiques peuvent être comparés à ceux existant aux États-Unis, où tous les états ont eu l'obligation, à compter de 1988, d'adopter une formule de

¹⁶³ *Ibid.* à la p. 13.

¹⁶⁴ QUÉBEC, G. LEMAY, Direction du développement des politiques et des programmes de la sécurité du revenu - Ministère de la Sécurité du revenu, cité par F. GAUVIN, *supra* note 42 à la p.151.

¹⁶⁵ *Ibid.* Voir COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 aux pp. 97-98.

fixation de la pension alimentaire pour enfants¹⁶⁶. De toutes les formules adoptées, celles-ci peuvent être regroupées en trois catégories de modèles¹⁶⁷, soit la règle du partage du revenu, la règle du pourcentage du revenu ou la règle DELAWARE-MELSON¹⁶⁸, plus rare. Le modèle québécois s'inspire du concept du partage du revenu; celui-ci permet le calcul de la pension alimentaire en évaluant la proportion des revenus de chaque parent destinée aux enfants comme s'ils vivaient encore ensemble. L'hypothèse sous-jacente à ce modèle suppose qu'au fur et à mesure que les revenus des parents augmentent, la proportion du revenu dépensée pour l'enfant diminue, ce qui en soi peut constituer une critique des études économiques ayant mené à ce type de modèle¹⁶⁹. Quant au modèle fédéral, il représente une autre adaptation du concept du partage du revenu mais il prend en considération le seul revenu du payeur, dans la formule appelée *pourcentage du revenu*. Cette méthode est considérée comme étant la plus simple des formules de fixation puisque seulement un pourcentage du revenu du parent non-gardien constitue la proportion de pension alimentaire devant être versée, la formule supposant que le parent gardien dépense de toute façon pour l'enfant dont il a la garde. Ce pourcentage peut être fixe pour tous les niveaux de revenus ou varier¹⁷⁰, comme l'adaptation canadienne de ce modèle.

Il semble que les adaptations de modèles basés sur le concept du partage du revenu soient beaucoup plus populaires que les modèles de partage de coûts de l'enfant, aucun état

¹⁶⁶ En 1984, le *Child Support Enforcement Amendment*, Pub. L. n° 98-378, 98 Stat. 1305 (1984) (codifié tel qu'amendé au 42 U.S.C. §§ 657-662) exigeait des états qu'ils établissent des lignes directrices consultatives, pour faciliter le travail des juges ou des organismes administratifs chargés de déterminer les pensions alimentaires pour enfants. En 1988, le *Family Support Act*, Pub. L. n° 100-485, 102 Stat 2343 (1988) (codifié essentiellement au 42 U.S.C. §§ 654, 666-667) exigeait de chaque état l'adoption de lignes directrices sous forme de présomption réfutable selon les critères établis par l'état. Voir L.W. MORGAN, *Child Support Guidelines: Interpretation and Application*, New York, Aspen Law & Business, 1996 [mise à jour 1998] aux pp. 1-6 et 1-7.

¹⁶⁷ L.W. MORGAN, *ibid.* à la p. 1-15 où chaque formule est étudiée en détail et où l'on retrouve un tableau des formules adoptées selon chaque état.

¹⁶⁸ Cette méthode adoptée par trois états américains a été établie par le juge Elwood F. MELSON en 1979 et révisée en 1990. Plus complexe que la règle du partage du revenu, elle reconnaît une réserve de base pour chaque parent, tout le reste devant être consacré aux besoins de base des enfants proportionnellement aux revenus des parents. Enfin, le modèle incorpore une méthode de "redressement des niveaux de vie" de sorte qu'un pourcentage du revenu supplémentaire du parent non-gardien peut être attribué. Voir L.W. MORGAN, *supra* note 166 aux pp. 1-23 et 1-24.

¹⁶⁹ L.W. MORGAN, *supra* note 166 aux pp. 1-17 à 1-20. Trente-cinq états américains ont adopté ce type de modèle, soit la majorité.

¹⁷⁰ L.W. MORGAN, *supra* note 166 aux pp. 1-21 à 1-23. Quatorze états américains ont adopté ce type de modèle, dont sept avec un pourcentage fixe et sept avec un pourcentage qui varie à la baisse au fur et à mesure que le revenu augmente.

américain n'ayant d'ailleurs adopté de modèle basé sur le concept du partage de coûts puisque cette approche s'avère très complexe à normaliser. En effet, elle nécessite l'établissement des coûts de l'enfant selon les revenus des parties, au cas par cas et avec la présentation de budgets, à l'instar de la méthode traditionnelle de fixation de la pension alimentaire antérieure au 1^{er} mai 1997¹⁷¹.

Le Québec et le Canada innovent en adoptant leurs propres modèles économiques sous-jacents à l'élaboration des tables de fixation de la pension alimentaire. Or, le calcul de la pension alimentaire obéit à différentes règles de fixation proprement dites permettant de conclure à la mise en œuvre d'une véritable formule de fixation. La section suivante sera donc consacrée à l'étude du fonctionnement de ces deux systèmes différents, incluant les mécanismes permettant aux tribunaux de déroger à une application stricte des barèmes pour tenir compte des situations particulières vécues par les familles.

2. LE CALCUL DE LA PENSION ALIMENTAIRE

2.1. MODE DE FONCTIONNEMENT DU MODÈLE FÉDÉRAL ET DU MODÈLE QUÉBÉCOIS

Essentiellement, la méthode de fixation de la pension alimentaire pour enfants selon les *Lignes directrices fédérales et québécoises* peut être divisée en trois grandes étapes générales. La première consiste à établir la contribution alimentaire de base selon la table applicable. La seconde permet de bonifier ce montant de base en ajoutant des dépenses à titre de "frais supplémentaires" ou "dépenses spéciales" selon les critères et conditions prévus par les lignes directrices. Déjà, à ce moment, la discrétion judiciaire intervient. La troisième étape relève en grande partie de l'appréciation du tribunal, puisque ce dernier peut être appelé à se prononcer, à la demande de l'une ou l'autre des parties, sur le caractère excessif ou non du montant établi et l'ajuster en conséquence, à la hausse ou à la baisse. Il s'agit des difficultés excessives.

¹⁷¹ I. GARFINKEL et M.S. MELLI, "The Use of Normative Standards in Family Law Decisions : Developing Mathematical Standards for Child Support" (1990) 24 Fam. L.Q. 157 aux pp. 163-164.

Les juges peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire à plusieurs niveaux au cours du processus de fixation de la pension. Les différentes "portes de sortie" constituent des exceptions au caractère présomptif des tables, mais dans certains cas particuliers, cette souplesse accordée au juge fait en sorte que ces tables peuvent n'être que consultatives. Tant le système fédéral que le système québécois fonctionnent selon ce plan de base. Néanmoins, il existe des différences fondamentales entre les deux législations. Avant de procéder à un examen détaillé de ces deux systèmes, qu'il nous suffise de citer trois distinctions.

D'abord, le modèle québécois, basé sur une formule du partage du revenu, prend en considération les revenus des deux parents pour établir la contribution alimentaire de base. Le modèle fédéral, basé sur une formule révisée du pourcentage fixe du revenu (une adaptation de la formule du partage du revenu), n'a besoin que du revenu du payeur aux fins de vérifier le montant payable selon les tables. Mais attention aux conclusions hâtives : cette méthode des *Lignes directrices fédérales* ne signifie pas que le système ne considère pas la contribution du parent gardien, le créancier. En fait, ce modèle se distingue par sa façon originale de considérer indirectement les coûts cachés engagés par le parent gardien pour l'enfant, et ce, dans le sens de la position développée par le juge L'HEUREUX-DUBÉ dans l'arrêt *Willick*¹⁷². La formule du système fédéral présume également que le parent gardien réservera automatiquement une partie de son budget pour les dépenses de l'enfant proportionnellement à son revenu¹⁷³. Le modèle économique québécois, différent, favorise plutôt l'approche de la prise en compte directe des revenus des deux parties lors du calcul.

La deuxième différence marquée consiste, pour le système québécois, en la prise en considération du temps de garde de façon automatique dès le calcul de la contribution alimentaire de base. Si le droit d'accès dépasse 20 % du temps (20 % équivalent à un accès classique comme une fin de semaine sur deux, trois semaines à l'été et une semaine à Noël), il sera considéré comme un droit de sortie prolongé de sorte qu'un ajustement sera fait à la contribution alimentaire de base. Le système fédéral, quant à lui, ne tiendra compte du

¹⁷² Voir le chapitre I, *supra* section 2.3. à la p. 39.

¹⁷³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *supra* note 144 à la p. 320.

temps de garde que si le parent non-gardien exerce un droit d'accès pendant au moins 40 % du temps (équivalant alors à la garde partagée). Dans ce cas, le tribunal dispose d'une discrétion pour tenir compte de cette situation. Au Québec, le temps de garde constitue une variable directement appliquée au calcul mathématique de la contribution alimentaire de base, sans discrétion judiciaire, dès que le droit de visite dépasse 20 %.

Enfin, la dernière distinction majeure se situe au chapitre des difficultés excessives. Le système fédéral prévoit une méthode arithmétique de comparaison des niveaux de vie des deux ménages lorsque de telles difficultés sont invoquées. Cette méthode est suggestive. Aussi, le tribunal n'est pas tenu de l'utiliser pour comparer les niveaux de vie mais il doit, d'une façon ou d'une autre, procéder à cette comparaison puisque les difficultés excessives ne peuvent être accordées que si le parent qui en fait la demande a un niveau de vie inférieur à celui de l'autre parent. Cette méthode de comparaison des niveaux de vie permet de tenir compte du revenu du nouveau conjoint de l'une ou l'autre des parties. Dans le système québécois, les difficultés excessives peuvent être invoquées par l'un des parents et reconnues par le tribunal à l'un de ceux-ci sans qu'aucun mécanisme ni règle à propos de la comparaison des niveaux de vie n'intervienne. Rien n'empêcherait donc théoriquement que le parent ayant le niveau de vie le plus élevé obtienne, avec le système québécois, un ajustement en raison de difficultés excessives¹⁷⁴.

Mentionnons enfin que, dorénavant, tant en vertu des règles fédérales que québécoises, la pension alimentaire pour enfants devra être calculée et fixée par le tribunal de façon à distinguer ce montant de celui accordé au profit de l'ex-époux, en plus de conférer un caractère prioritaire à la pension alimentaire pour l'enfant mineur sur celle de l'ex-conjoint¹⁷⁵. Ce dernier pourra recevoir des aliments si les besoins de l'enfant sont d'abord comblés par le débiteur.

¹⁷⁴ La section 2.4.2. sera consacrée à l'étude des difficultés excessives, *infra* à la p. 74, de même que le chapitre III, *infra* section 2 à la p. 102.

¹⁷⁵ Art. 825.13 *Code de procédure civile* [ci-après C.p.c.] et art. 15.3(1) *Loi sur le divorce*.

2.2. LA CONTRIBUTION ALIMENTAIRE DE BASE

Au Québec, la contribution alimentaire de base est établie en fonction du revenu des deux parties, du temps de garde et du nombre d'enfants¹⁷⁶. La première étape consiste à déterminer le revenu disponible de chacune des parties et à l'additionner de façon à obtenir le "revenu familial disponible". Ce résultat sera comparé à la *Table de fixation* de l'annexe II du *Règlement* avec le nombre d'enfants. Le montant obtenu à la table est alors réparti proportionnellement au *pro rata* du revenu des parties afin qu'une part soit attribuée à chacun des parents. À cette contribution de base peuvent s'ajouter des frais supplémentaires qui, s'ils sont jugés admissibles, sont répartis entre les parents dans la même proportion que la pension alimentaire de base¹⁷⁷. Des ajustements à la contribution alimentaire de base sont également prévus pour tenir compte du temps de garde que chaque parent assume envers l'enfant.

Au fédéral, la contribution alimentaire de base est établie en comparant le seul revenu du payeur avec le nombre d'enfants mineurs, selon la table applicable¹⁷⁸. Cette étape, beaucoup plus simple dans le système fédéral, est le résultat du choix de la formule révisée du pourcentage fixe où deux variables seulement interviennent : le revenu du payeur et le nombre d'enfants.

2.2.1. LA DÉTERMINATION DU REVENU DISPONIBLE

Les deux systèmes, tant fédéral que québécois, ont retenu une définition large de la notion de "revenu" dans le meilleur intérêt des enfants et conformément à la jurisprudence sur le sujet, incluant l'affaire *Levesque*. Il s'agit du revenu brut annuel pour l'année courante et provenant de toutes sources. Au Québec, la définition de revenu prévoit, notamment et donc non limitativement :

¹⁷⁶ Art. 3 *Règlement*, selon le formulaire à l'annexe I et la table de fixation.

¹⁷⁷ Les frais supplémentaires feront l'objet de la section 2.3., *infra* à la p. 66 de même qu'au chapitre III, *infra* section 1 à la p. 81.

¹⁷⁸ Art. 3(1) a) *Lignes directrices fédérales*.

*Les traitements, salaires et autres rémunérations, les pensions alimentaires versées par un tiers et reçues à titre personnel, les prestations d'assurance-emploi et autres prestations accordées en vertu d'une loi au titre d'un régime de retraite ou d'un régime d'indemnisation, les dividendes, les intérêts et autres revenus de placement, les revenus nets de location et les revenus nets tirés de l'exploitation d'une entreprise*¹⁷⁹.

Seuls ne sont pas considérés comme revenus "les transferts gouvernementaux reliés à la famille, les prestations accordées en vertu du programme d'aide aux parents pour leurs revenus de travail et les prestations de sécurité du revenu"¹⁸⁰. Le Comité de suivi du modèle québécois recommande d'ailleurs que cette définition soit modifiée afin d'exclure également les montants reçus à titre de prêts et bourses dans le cadre du programme d'aide financière aux étudiants du ministère de l'Éducation du Québec¹⁸¹. Au fédéral, les lignes directrices prévoient que le revenu annuel doit être déterminé en utilisant les sources de revenu figurant sous la rubrique "Revenu total" dans la formule T1 Générale de Revenu Canada et rajustée conformément à l'annexe III des lignes directrices¹⁸². Selon les commentaires du ministère de la Justice du Canada, la définition proposée englobe, à toutes fins pratiques, les mêmes éléments que la définition québécoise¹⁸³.

Au Québec, le *Règlement* prévoit également à l'article 9 que doivent être déduites du revenu annuel les déductions pour les cotisations syndicales ou professionnelles et également une réserve personnelle de base. Cette dernière se chiffre actuellement à 9 000 \$ et correspond en quelque sorte à la "réserve de subsistance" accordée à chaque parent (même si ce montant est minimal). Cette déduction, notamment privilégiée par C. L'HEUREUX-DUBÉ dans l'arrêt *Willick* et dont le principe est à l'effet que les besoins des enfants sont prioritaires sur ceux des parents excédant ses propres besoins essentiels, est réaffirmée par le Comité de suivi du

¹⁷⁹ Art. 9 *Règlement*. Voir notamment les décisions suivantes de la Cour d'appel du Québec : *Droit de la famille-2873*, [1998] R.J.Q. 413 (C.A.) et *Droit de la famille-3026*, [1998] R.D.F. 393 (C.A.). Cette interprétation large de la notion de revenu est souhaitée et maintenue par le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, qui réitère d'ailleurs l'utilisation du revenu brut et recommande (n° 14) de tenir compte des changements significatifs dans la charge fiscale des particuliers, en plus de définir au formulaire les "revenus nets d'entreprise et de travail autonome" (ligne 202) et les "loyers nets" (ligne 207), *supra* note 1 aux pp. 74-75.

¹⁸⁰ Art. 9 *Règlement*.

¹⁸¹ COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 à la p. 75.

¹⁸² Art. 16 *Lignes directrices fédérales*.

¹⁸³ *Supra* note 144 à la p. 325.

modèle québécois¹⁸⁴. Bien qu'une telle réserve de subsistance ne figure pas explicitement dans les *Lignes directrices fédérales*, les tables fédérales ne prévoient l'octroi d'une pension alimentaire qu'à partir de certains seuils. Une réserve de subsistance est donc indirectement accordée au débiteur.

Enfin, la discrétion du tribunal peut intervenir dès la détermination du revenu des parties, et ce, tant dans le système fédéral que provincial, en permettant au juge de leur attribuer des revenus selon leur situation et ce qu'il estime juste, notamment en tenant compte des actifs¹⁸⁵. La Cour peut également utiliser, au Québec, les douze mois suivant la présentation de la demande "si les revenus de l'année courante rendent contre-indiquée cette période de référence"¹⁸⁶ ou encore tenir compte, au fédéral, des tendances de revenus¹⁸⁷.

2.2.2. LA PRISE EN CONSIDÉRATION DU TEMPS DE GARDE

Au fédéral, le temps de garde n'influence pas la détermination de la contribution alimentaire de base de façon systématique et mathématique comme dans le modèle québécois. En fait, ce facteur n'est pas pertinent et n'aura aucun impact sur les aliments si le droit d'accès représente moins de 40 % du temps. Un droit de visite de 40 % ou plus se traduit dans les *Lignes directrices fédérales* par une garde partagée exercée par les parents. L'article 9 prévoit, dans cette situation, l'exercice par le tribunal de son pouvoir discrétionnaire pour évaluer l'impact de cette garde partagée sur le montant de l'ordonnance alimentaire. Cette discrétion s'exerce en tenant compte de trois facteurs : les montants figurant dans les tables applicables à l'égard des revenus de chaque époux, les coûts associés à ce type de garde et les ressources,

¹⁸⁴ Voir, *supra* note 105 et le texte correspondant. Le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS ne recommande pas, par contre, de hausser cette déduction de base de 9 000 \$ mais plutôt de l'indexer annuellement comme les montants figurant dans la table de fixation et les tranches de revenus disponibles des parents (article 12 *Règlement*), et il recommande de mieux expliquer la notion de revenu disponible des parents afin qu'elle ne soit pas confondue avec le revenu net, *supra* note 1 aux pp. 79 et 147 (recommandations 23, 24 et 39).

¹⁸⁵ Art. 825.12 C.p.c. et art. 18 et 19 *Lignes directrices fédérales*. Sur la détermination d'un revenu fictif, voir la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Droit de la famille-2962* (5 mai 1998), Montréal 500-09-006407-985, J.E. 98-1443 (C.A.), où le juge utilise comme période de référence les années antérieures. Voir aussi : *Droit de la famille-3140* (7 octobre 1998), Québec 200-09-002043-989, J.E. 98-2131 (C.A.).

¹⁸⁶ Art. 9 *in fine* *Règlement*; *Droit de la famille-2962*, *ibid.*

¹⁸⁷ Art. 17 *Lignes directrices fédérales*.

les besoins et la situation générale de chaque époux et des enfants (le test des *besoins-moyens*, en quelque sorte).

Le temps de garde peut également être pris en considération dans les *Lignes directrices fédérales* lors d'une garde exclusive aménagée de façon à ce que chaque parent assume la garde d'un ou plusieurs enfants du couple. L'article 8 prévoit alors que la pension alimentaire sera établie en opérant une compensation entre les montants que chacun des parents devrait verser à l'autre pour les enfants dont ils ont la garde. Le montant versé correspondra alors à l'excédent, à la différence entre les deux montants, lequel sera payable par le parent ayant la contribution la plus élevée. Au Québec, l'impact du temps de garde dans les *Lignes directrices québécoises* a un effet sur le calcul dès que le droit d'accès dépasse 20 %. Dans ces situations, c'est l'excédent du 20 % qui aura un impact direct sur le montant de la pension alimentaire.

Le *Règlement* prévoit plusieurs modalités de calcul selon différentes définitions de garde et d'accès, chacune correspondant à une section particulière du formulaire de fixation à l'annexe I (partie 5). D'abord, la garde exclusive est définie comme l'exercice de la garde par un des parents de l'enfant pendant plus de 60 % du temps¹⁸⁸. Deux situations peuvent alors se présenter. La section 1 du formulaire prévoit la situation de *garde exclusive*, lorsque le parent non-gardien exerce un droit d'accès classique, c'est-à-dire inférieur à 20 % (aucun impact sur le calcul). La section 1.1. tient compte d'un aménagement de cette garde exclusive en fonction de l'exercice d'un *droit de visite et de sortie prolongé* par le parent non-gardien, défini comme correspondant à un accès se situant entre 20 % et 40 % du temps, alors que le parent gardien exerce toujours la garde exclusive (au moins 60 % du temps)¹⁸⁹. L'impact lors du calcul équivaut au pourcentage excédant 20 %. La section 2 établit la situation de *garde exclusive attribuée à chacun des parents* dans les cas où chacun des parents assume la garde exclusive d'au moins un des enfants¹⁹⁰. Comme dans le système fédéral, le tribunal opère alors une compensation entre les parts respectives des parents; le montant de l'ordonnance

¹⁸⁸ Art. 4 al. 1 *Règlement*.

¹⁸⁹ Art. 4 al. 2 *Règlement*.

¹⁹⁰ Art. 5 *Règlement*.

correspondra à l'excédent. La *garde partagée*¹⁹¹ est prévue à la section 3 et se définit, comme au fédéral, par l'exercice de la part de chacun des parents d'au moins 40 % du temps de garde à l'égard de tous les enfants. L'impact sur l'ordonnance alimentaire sera proportionnel au temps de garde de chacun des parents. La dernière section (section 4) traite de *garde exclusive et de garde partagée simultanées*, c'est-à-dire lorsqu'un des parents assume la garde exclusive d'au moins un enfant, et qu'ils exercent par ailleurs la garde partagée d'au moins un autre enfant¹⁹². Comme dans les cas de garde partagée à la section 2 du formulaire, les parties opèrent une compensation entre leurs contributions respectives en fonction de la table de fixation.

Le Comité de suivi du modèle québécois recommande, à la section 4 actuelle du formulaire, l'ajout de trois autres types de garde à la *garde exclusive et garde partagée simultanées* actuellement prévue. Il s'agit des modalités suivantes : la *garde exclusive et garde exclusive avec droit de visite et de sortie prolongé simultanées*, la *garde exclusive avec droit de visite et de sortie prolongé et garde partagée simultanées* et, enfin, les trois types de garde ci-dessus combinés. De cette façon, tous les scénarios de garde devraient être couverts tout en facilitant l'usage du formulaire¹⁹³.

Par contre, le *Règlement* ne précise pas comment calculer le temps de présence des enfants chez l'un ou l'autre des parents pour établir le type de garde. Est-ce en nombre d'heures, en demi-journées ou en journées ? Avant l'adoption du projet de loi 68, l'impact mathématique et automatique du temps de garde de l'enfant sur la pension alimentaire a fait l'objet de nombreuses critiques parce qu'il risquait de favoriser l'émergence de litiges entre les parties sur le droit d'accès. Un parent pourrait tenter d'obtenir un droit de visite plus large entraînant la diminution de la pension alimentaire qu'il doit payer, et donc se servir du temps de présence de l'enfant comme d'un outil de négociation de la pension¹⁹⁴. La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Droit de la famille-3165*, dispose que "tout le temps pendant lequel un

¹⁹¹ Art. 6 *Règlement*.

¹⁹² Art. 7 *Règlement*.

¹⁹³ COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 à la p. 164 (recommandation 1 en cours de mandat).

¹⁹⁴ D. GOUBAU, *supra* note 9 aux pp. 5,351 et ss.; D. GOUBAU, J.-M. FORTIN et M. GRASSBY, "Un système de fixation des pensions alimentaires dans l'intérêt des enfants ?" (1997) 29 *Journal du Barreau* 20.

enfant est confié à un parent doit être compris dans le calcul du temps de garde de ce parent à l'égard de cet enfant, quitte à procéder ensuite aux ajustements requis par les circonstances propres à chaque affaire [souligné dans l'original]"¹⁹⁵. Rien ne permettrait donc d'exclure les périodes courtes ou de distinguer le jour par rapport à la nuit, à l'exception des périodes courtes si elles n'engendrent aucune dépense supplémentaire pour le parent. Le Comité de suivi du modèle québécois recommande à ce sujet la modification du *Règlement* afin de prévoir explicitement cette situation tranchée par la Cour d'appel du Québec. De même, il recommande une étude plus approfondie sur le "coût d'un enfant en relation avec la table et le calcul prévu dans les cas de garde partagée ou exclusive à chacun des parents lorsqu'il y a deux enfants et plus"¹⁹⁶ puisque, dans ces cas, chacun des enfants habite dans des lieux différents et le montant de la table ne correspond pas à la réalité des parents (nombre réel d'enfants qui demeurent avec eux).

Enfin, tous les scénarios de calculs de la pension alimentaire à la partie 5 du formulaire ne font varier que la contribution alimentaire de base, sans tenir compte des frais supplémentaires qui pourront être ajoutés par la suite et répartis proportionnellement au revenu de chacun des parents. En effet, ces frais sont habituellement payés une seule fois (par exemple, les frais pour une activité sportive particulière) et le temps de garde n'a pas d'impact sur ceux-ci¹⁹⁷.

2.3. LES AJOUTS À LA CONTRIBUTION ALIMENTAIRE DE BASE : LES FRAIS RELATIFS À L'ENFANT OU DÉPENSES SPÉCIALES

Cette section décrit la deuxième grande étape de fixation de la pension alimentaire pour enfants, qui consiste à majorer la contribution alimentaire de base obtenue selon les tables applicables, fédérales ou québécoises, pour tenir compte des frais relatifs à l'enfant ou des dépenses spéciales. Elle est importante puisqu'elle donne ouverture à l'exercice de la discrétion judiciaire, le tribunal devant vérifier si les critères pouvant donner lieu à l'ajout ou

¹⁹⁵ [1998] R.J.Q. 2950 (C.A.) à la p. 2954.

¹⁹⁶ COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 à la p. 127 (recommandations 32, 33 et 34).

¹⁹⁷ D. GOUBAU, *supra* note 9 aux pp. 5,351 et ss.

non de ces dépenses sont satisfaits. Il s'agit en quelque sorte de la dernière phase du processus général de fixation de la pension alimentaire. Elle permet de tenir compte de la situation particulière de chaque famille quant à certains besoins comme, par exemple, les frais de garde d'enfant, les frais médicaux, les activités parascolaires, les frais d'inscription à l'école privée ou les frais d'études postsecondaires.

Au Québec, les frais relatifs à l'enfant sont prévus à l'article 587.1 alinéa 2. C.c.Q. qui dispose :

Cette contribution alimentaire [de base] peut être augmentée pour tenir compte de certains frais relatifs à l'enfant prévus par ces règles, dans la mesure où ceux-ci sont raisonnables eu égard aux besoins et facultés de chacun [nos ajouts].

Ainsi, le critère général correspond au caractère *raisonnable* de ces frais en fonction du test classique des *besoins* et des *moyens* des parties tel qu'il existait avant les barèmes.

Au fédéral, c'est l'article 3 des lignes directrices qui prévoit que la contribution alimentaire de base peut être augmentée, le cas échéant, du montant déterminé en application de l'article 7 intitulé "*dépenses spéciales ou extraordinaires*" :

Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, prévoir dans l'ordonnance alimentaire un montant pour couvrir tout ou partie des dépenses suivantes compte tenu de leur nécessité par rapport à l'intérêt de l'enfant et de leur caractère raisonnable par rapport aux ressources des époux et de l'enfant et aux habitudes de dépenses de la famille avant la séparation [...].

Au caractère raisonnable des frais et de l'évaluation des *besoins* et des *moyens* des parties s'ajoute le critère de *nécessité* de ces dépenses par rapport à l'intérêt de l'enfant et à la comparaison avec les habitudes de dépenses de la famille avant la séparation. Bien que ce critère ne soit pas spécifiquement prévu au Québec dans le *Code civil* ou le *Règlement*, il est permis de penser qu'il sera tout autant considéré par le tribunal qu'à l'époque précédant l'établissement des barèmes puisqu'il correspond à l'objectif du maintien du niveau de vie antérieur de l'enfant.

Tant les *Lignes directrices fédérales* que le *Règlement* au Québec prévoient que ces frais supplémentaires devront être répartis proportionnellement aux revenus de chaque parent

(conformément à la formule *Paras*)¹⁹⁸. De plus, ces frais doivent être nets, c'est-à-dire réduits de tout avantage, subvention, déduction ou crédit d'impôt y afférent¹⁹⁹. Les deux formules prennent en considération les mêmes catégories de frais, à quelques différences près. Au Québec, l'article 9 du *Règlement* répartit ces frais en trois catégories, soit les "frais de garde d'enfant", les "frais d'études postsecondaires" et les "frais particuliers". Ces derniers incluent d'autres dépenses, tels les "frais relatifs à des études primaires ou secondaires", les "frais relatifs à des activités parascolaires" et les "frais médicaux". Cette liste dressée par le législateur est non limitative en raison de l'emploi du mot *tel*. D'autres frais pourraient ainsi être considérés comme particuliers dans la mesure où ils obéiraient à la condition d'attribution de cette catégorie de frais relatifs à l'enfant; en effet, les frais particuliers doivent être "liés aux besoins que dicte, à l'égard de l'enfant, la situation particulière dans laquelle il se trouve"²⁰⁰. Ils doivent donc répondre à cette condition supplémentaire (être qualifiés de "particuliers") et n'être ajoutés à la contribution alimentaire de base que s'ils sont également "raisonnables eu égard aux besoins et facultés de chacun", comme les autres frais relatifs à l'enfant prévus à l'article 9 du *Règlement*.

Au fédéral, les "*dépenses spéciales ou extraordinaires*" sont énumérées, avec les critères applicables à chacune, à l'article 7(1) a) à f) des *Lignes directrices fédérales*. Contrairement au barème québécois, cette liste de frais est limitative, de sorte que des dépenses autres que celles énumérées ne pourraient être ajoutées à la contribution alimentaire de base. Sur ce point, les règles fédérales sont donc plus restrictives. Certaines dépenses spéciales énumérées à l'article 7(1) des *Lignes directrices fédérales* doivent également répondre à un critère plus sévère d'attribution, comme les frais particuliers au Québec, et être qualifiées d'*extraordinaires*. Deux catégories de frais obéissent à cette exigence, soit les "frais extraordinaires relatifs aux études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif qui répond aux besoins particuliers de l'enfant" et les "frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires". Les "frais de garde d'enfant", les frais représentant "la portion

¹⁹⁸ Art. 7(2) *Lignes directrices fédérales* et au Québec, consulter la partie 4 du formulaire de fixation (annexe I *Règlement*).

¹⁹⁹ Art. 7(3) *Lignes directrices fédérales*; art. 9 *in fine* *Règlement*. Le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS a réaffirmé ce principe et recommande de rappeler cette réalité du modèle en mettant en évidence au formulaire qu'il s'agit des frais "nets", *supra* note 1 aux pp. 102 et 165 (recommandation 4 en cours de mandat).

²⁰⁰ Art. 9 al. 4 *in fine* *Règlement*.

des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant", les "frais relatifs aux soins de santé" et les "frais relatifs aux études postsecondaires" obéissent quant à eux aux critères généraux d'attribution des dépenses spéciales de l'article 7(1) des *Lignes directrices fédérales* cités précédemment.

Il faut donc d'abord retenir de ces définitions les critères généraux d'attribution de toutes dépenses supplémentaires, dont certaines doivent être qualifiées de *particulières* au Québec (cette dernière liste étant non limitative) et d'*extraordinaires* au fédéral (liste limitative).

Par ailleurs, des distinctions s'imposent entre les deux régimes au regard de la définition générale de certaines dépenses. D'abord, les systèmes fédéral et provincial retiennent une définition très semblable des frais de garde d'enfant. Ils correspondent, en somme, aux frais que le parent gardien doit engager pour lui permettre d'occuper un emploi, de poursuivre des études, recevoir de la formation ou, encore, être engagés en raison de son état de santé (le fédéral emploie les mots maladie ou invalidité)²⁰¹. Au Québec, la définition mentionne un élément de plus, c'est-à-dire que ces frais doivent être requis pour répondre aux besoins de l'enfant.

Une question intéressante se posait au regard des frais de garde d'enfant, à savoir si ceux-ci sont compris dans les Tables de fixation, c'est-à-dire inclus dans le modèle économique sous-jacent à l'élaboration de ces tables. Le Comité fédéral semblait dire qu'en ce qui concerne les enfants en bas âge, les frais de garde étaient inclus dans les tables. Ainsi, lorsque l'enfant grandirait, celles-ci tiendraient compte de l'augmentation des coûts de l'enfant avec l'âge en remplaçant les frais de garde par d'autres frais²⁰². En fait, dans les rapports initiaux du Comité fédéral, les frais de garde devaient être traités séparément. Mais lorsque le Comité fédéral a déposé ses recommandations en 1995, il mentionnait spécifiquement qu'en utilisant l'échelle d'équivalence 40/30, donnant des estimations de coûts plus élevées que la plupart des autres échelles examinées, il ne serait pas approprié d'ajouter comme élément distinct les frais de garde payés par les parents²⁰³. Les *Lignes directrices fédérales* et le *Règlement* traitent

²⁰¹ Art. 7(1) a) *Lignes directrices fédérales*; art. 9 al. 2 *Règlement*.

²⁰² *Supra* note 44 à la p. 12.

²⁰³ *Ibid.* à la p. 11.

pourtant de ces frais comme des ajouts possibles, sans leur conférer un caractère “particulier” ou “extraordinaire”, ce qui peut laisser croire, erronément, que les frais “normaux” de garde ne seraient pas inclus dans les tables. L'ajout des frais de garde comme frais supplémentaires, au fédéral, permettrait même de couvrir doublement ces frais puisqu'ils semblent déjà inclus dans le modèle économique, contrairement aux tables québécoises. Cela peut expliquer, en partie, le caractère plus “généreux” dont les tables fédérales sont qualifiées en comparaison avec les tables québécoises. Au Québec, pour éviter toute ambiguïté, le Comité de suivi du modèle québécois suggère, à la recommandation 27, de modifier le *Règlement* afin d'y préciser que la contribution parentale de base comprend tous les besoins des enfants **sauf** les frais relatifs à l'enfant de l'article 9 dudit *Règlement*.

Quant aux frais d'études postsecondaires, ils ne font l'objet d'aucune définition particulière au fédéral, étant simplement soumis aux critères généraux de l'article 7(1). Au Québec, l'article 9, alinéa 3 du *Règlement* dispose que ces frais correspondent aux “frais annuels engagés pour permettre à un enfant de poursuivre des études postsecondaires, y compris notamment, outre les frais de scolarité et les frais liés au matériel pédagogique requis, les frais de transport ou de logement engagés à cette fin”. Il s'agit d'une définition assez large mais qui doit être lue en corrélation avec les dispositions applicables à l'enfant majeur²⁰⁴, en gardant à l'esprit que le juge peut tenir compte des ressources de l'enfant, incluant les prêts et bourses²⁰⁵.

Enfin, une autre différence mérite d'être signalée et concerne les frais médicaux ou de santé. Contrairement au Québec où le *Règlement* inclut cette catégorie de frais dans la définition de frais particuliers, l'article 7(1) des *Lignes directrices fédérales* définit les frais médicaux ou de santé à l'aide d'exemples :

²⁰⁴ Art. 1 al. 2 et art. 2 *Règlement*; art. 3(2) *Lignes directrices fédérales*.

²⁰⁵ Art. 587.2 C.c.Q. *in fine* et art. 7(2) *Lignes directrices fédérales*. Au Québec, le COMITÉ DE SUIVI recommande que “la définition de frais d'études postsecondaires précise qu'il s'agit des frais qui excèdent le montant de prêts et bourses lorsque l'enfant y est éligible”, afin d'éviter que les frais scolaires, les frais de subsistance et les frais de transport ne soient couverts deux fois : par le modèle et par les prêts et bourses, *supra* note 1 aux pp. 106-107 (recommandation 29).

- [...]
- c) *les frais relatifs aux soins de santé dépassant d'au moins 100 \$ par année le montant que la compagnie d'assurance rembourse, par maladie ou événement, notamment les traitements orthodontiques, les consultations professionnelles d'un psychologue, travailleur social, psychiatre ou toute autre personne, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'orthophonie, les médicaments délivrés sur ordonnance, les prothèses auditives, les lunettes et les lentilles cornéennes [nous soulignons];*

En effet, au Québec, les frais médicaux sont qualifiés de frais particuliers, mais la preuve d'un besoin spécial ou hors norme est souvent moins litigieuse que les autres frais particuliers comme : les activités parascolaires, les activités de loisirs, sportives ou culturelles et les frais d'inscription à l'école privée ou relatifs à un programme de formation spécial (tuteur, sport-études, etc.). Les frais médicaux seront souvent plus facilement ajoutés à la contribution de base puisque répondant aisément au critère "particulier". Au surplus, il est possible de comparer avec les *Lignes directrices fédérales* où les frais médicaux peuvent être ajoutés sans passer par le critère "extraordinaire". Enfin, l'article 7 des *Lignes directrices fédérales* prévoit également à l'alinéa b) que le tribunal peut ajouter la portion des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant, ce que le *Règlement* ne précise pas.

2.4. LES EXCEPTIONS AU CARACTÈRE PRÉSOMPTIF DES BARÈMES

Une fois la contribution alimentaire de base fixée et bonifiée, s'il y a lieu, des frais relatifs à l'enfant ou des dépenses spéciales, d'autres portes de sortie peuvent occasionner une dérogation au montant prévu par les tables; dans certains cas, le juge peut même fixer la pension alimentaire autrement sans référer aux barèmes. Les portes de sortie constituent des exceptions au caractère présomptif des règles de fixation de la pension alimentaire pour enfants et se reflètent par l'exercice de la discrétion judiciaire. Les ajouts à la contribution alimentaire de base (frais supplémentaires) constituent un des exemples où les tribunaux auront à interpréter les critères requis pour ajouter ces dépenses dans la fixation de la pension alimentaire. Mais il existe d'autres motifs pouvant permettre au juge d'assouplir la rigidité du système ou même de le laisser de côté, si bien que, dans certains cas, il est permis de penser que les barèmes ne pourraient être que consultatifs. Différents exemples seront examinés, y compris la possibilité d'écarter l'application des tables en raison des difficultés excessives qu'elles engendrent pour l'une ou l'autre des parties. Ces portes de sortie peuvent

donc être très grandes, selon l'interprétation que les juges feront de ces diverses dispositions législatives et réglementaires.

Nous résumerons dans un premier temps les différentes portes de sortie prévues, pour nous pencher par la suite sur l'analyse des difficultés excessives, celles-ci méritant une attention toute particulière puisqu'elles permettent d'écarter les barèmes à certaines conditions précises.

2.4.1. UN SYSTÈME CONSULTATIF

Premièrement, citons le cas de l'enfant majeur, et ce, strictement aux fins d'exposer un des exemples où le système n'est utilisé qu'à titre consultatif, en terme de balise ou de guide pour le tribunal. Au fédéral, les lignes directrices s'appliquent à l'enfant majeur comme s'il était mineur²⁰⁶, mais le tribunal peut exercer sa discrétion pour fixer tout autre montant qu'il juge approprié compte tenu des ressources, des besoins et de la situation de l'enfant ainsi que de la capacité de payer des époux²⁰⁷. Le Québec va dans le même sens et applique notamment les tables à l'enfant majeur s'il poursuit des études à temps plein ou s'il n'est pas en mesure d'assurer sa propre subsistance²⁰⁸. Le tribunal peut également décider de ne pas appliquer les tables et de fixer un autre montant qu'il estime juste compte tenu de l'ensemble des circonstances dans lesquelles l'enfant se trouve²⁰⁹ ou encore les utiliser à titre consultatif seulement.

Deuxièmement, les lignes directrices peuvent être mises de côté si les parents arrivent à une entente et exposent les motifs justifiant la fixation d'un montant différent des tables. Au fédéral, c'est l'article 15.1(7) de la *Loi sur le divorce* qui mentionne que le tribunal peut fixer un autre montant s'il est convaincu que des arrangements raisonnables ont été conclus pour les aliments de l'enfant visé. Au Québec, c'est l'article 587.3 C.c.Q. qui prévoit la conclusion de

²⁰⁶ Art. 3(2) a) *Lignes directrices fédérales*.

²⁰⁷ Art. 3(2) b) *Lignes directrices fédérales*.

²⁰⁸ Art. 1 al. 2 *Règlement*.

²⁰⁹ Art. 2 *Règlement* : "[...]notamment son âge, son état de santé, son niveau de scolarité ou la nature de ses études, son état civil et son lieu de résidence, de même que son degré d'autonomie et, s'il y a lieu, le temps nécessaire pour lui permettre d'acquérir une autonomie suffisante".

conventions entre époux pour les aliments versés à l'enfant où un montant différent serait accordé, dans la mesure où le tribunal est convaincu que ces aliments pourvoient suffisamment aux besoins de l'enfant.

Dans un troisième temps, le tribunal peut déroger aux montants prévus par les tables lorsque le revenu du parent payeur excède 150 000 \$ au fédéral et, au Québec, lorsque le revenu familial disponible des deux parents excède 200 000 \$²¹⁰. Il s'agit des limites de revenus prévues aux tables. Dans ces cas, le tribunal exerce sa discrétion pour la portion du revenu en sus des tables.

À ces exceptions s'ajoute, dans le cadre de la *Loi sur le divorce*, le régime particulier prévu à l'article 5 des *Lignes directrices fédérales* pour les époux tenus *in loco parentis*, c'est-à-dire pour le parent tenant lieu de père ou de mère à l'égard de l'enfant.

Enfin, au Québec, le tribunal peut tenir compte des actifs d'un parent ou des ressources dont dispose l'enfant (article 587.2 *in fine* C.c.Q.). De même, un plafond est prévu à l'article 8 du *Règlement* puisque la pension fixée ne peut excéder la moitié du revenu disponible d'un parent, à moins que le tribunal en juge autrement en raison, par exemple, des actifs de ce dernier. Aucun plafond n'est prévu dans les *Lignes directrices fédérales*²¹¹. Au Québec, le Comité de suivi du modèle québécois a néanmoins constaté que le plafond de 50 % du revenu disponible était trop élevé, par exemple : lorsque le débiteur alimentaire est le seul à avoir une source de revenu, dans les cas où le nombre d'enfants est élevé (5 ou 6) ainsi que dans la catégorie des justiciables à bas revenus et même à revenus moyens (comme certains employés de l'État) qui ont une contribution obligatoire à un régime de retraite. Même si la notion de revenu disponible ne correspond pas à celle de revenu net, dans certaines situations limites le Comité de suivi a constaté que la pension alimentaire excédait 50 % du revenu net du débiteur et que cela était de nature à entraîner des difficultés excessives. Dans ce contexte, il recommande d'abaisser cette limite à 40 %, afin de maintenir un des objectifs

²¹⁰ Art. 4 *Lignes directrices fédérales* et art. 10 *Règlement*. La Cour suprême du Canada dispose d'ailleurs, dans l'arrêt *Baker c. Francis*, (16 septembre 1999), C.S. Can. 26562, J.E. 99-1813 (C.S.C.), de l'approche qu'elle privilégie dans la fixation de la pension alimentaire lorsque les revenus des payeurs excèdent 150 000 \$.

²¹¹ Voir *Baker c. Francis*, *ibid.*, où la Cour suprême a confirmé l'absence de plafond aux *Lignes directrices fédérales*.

fondamentaux de la réforme, soit celui de ne pas décourager les débiteurs de travailler et d'assumer leurs obligations alimentaires²¹².

Enfin, des dispositions spéciales de la *Loi sur le divorce*, à l'article 15.1(5) et (7), s'appliquent également au Québec en matière de divorce. Le tribunal peut fixer un montant différent (à la hausse ou à la baisse) s'il est convaincu que les époux ont pris des dispositions spéciales dans un jugement, signé une entente accordant directement ou indirectement un avantage à l'enfant ou, encore, si le juge en vient à la conclusion que le montant déterminé conformément aux lignes directrices serait inéquitable eu égard à ces dispositions spéciales du jugement, de l'ordonnance ou de l'entente. Ces divers arrangements impliquent donc une entente globale sur les mesures accessoires et non simplement la fixation d'un montant différent des tables lors d'une convention sur la pension alimentaire. Ainsi, en vertu de ces dispositions, il pourrait arriver qu'aucune pension alimentaire ne soit versée pour l'enfant si, dans l'entente sur mesures accessoires, de nombreux avantages étaient consentis à l'enfant et au parent gardien pour compenser²¹³.

2.4.2. LES DIFFICULTÉS EXCESSIVES

Les difficultés excessives constituent une porte de sortie qui permet de modifier le montant obtenu à la hausse ou à la baisse, à la demande de l'une ou l'autre des parties, si le montant calculé à partir des tables entraîne une contrainte excessive à celui qui réclame un ajustement. Il s'agit en quelque sorte d'un filet de sécurité donnant la possibilité aux tribunaux d'offrir, dans des situations particulières, une certaine souplesse à un système normalement présomptif et composé de règles de calcul précises. Les difficultés excessives ne pourraient être invoquées, à notre avis, si le tribunal n'avait pas fixé la pension alimentaire à partir des tables.

²¹² COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 aux pp. 128 à 133 (recommandation 35).

²¹³ Voir le chapitre III, *infra* section 2.2.2. à la p. 110 où il est question de la prise en considération des conventions conclues avant l'entrée en vigueur des barèmes.

Le juge peut donc utiliser son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il estime qu'une partie souffre de difficultés excessives, expression utilisée dans les deux systèmes de fixation. Les *Lignes directrices fédérales* prévoient :

Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives. [...] [Nous soulignons]²¹⁴.

Quant au *Code civil du Québec*, il dispose de ce qui suit :

Les aliments exigibles d'un parent pour son enfant sont équivalents à sa part de la contribution alimentaire parentale de base, augmentée, le cas échéant, pour tenir compte des frais relatifs à l'enfant.

Le tribunal peut toutefois augmenter ou réduire la valeur de ces aliments s'il estime que son maintien entraînerait, pour l'un ou l'autre des parents, des difficultés excessives dans les circonstances [...] [Nous soulignons]²¹⁵.

Par la suite, les deux articles énumèrent des exemples de ce qui pourrait constituer des difficultés excessives. Dans les deux systèmes, cette liste n'est pas limitative. Il sera donc intéressant de voir si les tribunaux utiliseront cette porte d'entrée sur leur pouvoir discrétionnaire de façon large ou plutôt restrictive. Les exemples pouvant donner ouverture à l'intervention du juge au chapitre des difficultés excessives sont semblables dans les deux systèmes. En résumé, il s'agit *des frais liés à l'exercice du droit de visite*²¹⁶ (au fédéral, ces frais doivent être anormalement élevés), *des dettes contractées pour les besoins familiaux*²¹⁷ (au Québec, elles doivent être raisonnables, et au fédéral, anormalement élevées et raisonnablement contractées pour gagner un revenu ou soutenir la famille avant la séparation) et, enfin, *des obligations alimentaires assumées à l'égard d'autres personnes*²¹⁸.

La différence majeure entre les systèmes fédéral et québécois quant aux difficultés excessives, nous l'avons déjà souligné au début de ce chapitre, consiste en la comparaison des niveaux de

²¹⁴ Art. 10 (1) *Lignes directrices fédérales*.

²¹⁵ Art. 587.2 C.c.Q.

²¹⁶ Art. 584.2 C.c.Q. et art. 10(2) b) *Lignes directrices fédérales*.

²¹⁷ Art. 587.2. C.c.Q. et art. 10(2) a) *Lignes directrices fédérales*.

²¹⁸ Art. 587.2. C.c.Q. et art. 19(2) c) d) e) *Lignes directrices fédérales*.

vie. Au Québec, aucun mécanisme de contrôle n'est prévu dans les barèmes permettant de décider de façon objective si un ajustement doit être fait lorsque le tribunal estime être en présence d'un motif de difficultés excessives; aussi, le juge dispose-t-il de toute la latitude voulue pour évaluer si, à ses yeux, une situation susceptible d'entraîner une difficulté excessive doit être considérée. Par contre au fédéral, des difficultés excessives ne peuvent en aucun cas être accordées en faveur du conjoint dont le niveau de vie est le plus élevé²¹⁹. De plus, les *Lignes directrices fédérales* prévoient une méthode de calcul permettant de comparer les niveaux de vie des ménages, celle-ci étant indiquée à titre suggestif seulement. Le tribunal peut donc décider de comparer les niveaux de vie d'une autre façon²²⁰.

Il est intéressant de constater qu'un tel mécanisme de comparaison des niveaux de vie implique la prise en considération des revenus du nouveau conjoint de l'une ou l'autre des parties ainsi que l'appréciation du choix de ce nouveau conjoint de ne pas travailler pour prendre soin, par exemple, des nouveaux enfants du couple. La question des difficultés excessives donnera certes l'occasion au tribunal d'apprécier l'impact, pour l'une ou l'autre des parties, d'une seconde famille²²¹. Comme nous l'avons vu au premier chapitre, cette question avait d'ailleurs fait l'objet d'un débat devant la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Edwards*²²², cette cause ayant été entendue en appel en même temps que l'affaire *Levesque* dont les balises jurisprudentielles ont servi de guide aux tribunaux avant l'entrée en vigueur des nouveaux barèmes.

La question des dettes demeure aussi d'actualité, car la plupart des familles ont un niveau d'endettement élevé. De plus, les dettes ont souvent fait l'objet d'un certain "partage" entre les époux au même titre que les biens de la famille. Il ne faudrait pas que des dettes additionnelles deviennent un prétexte permettant à un conjoint de se soustraire à ses obligations alimentaires. Les tables prennent d'ailleurs déjà en considération, dans les modèles économiques sous-jacents à celles-ci, le niveau d'endettement "normal" pour chacune des tranches de revenu. Qu'est-ce qui devient anormal ou exagéré? Les tribunaux

²¹⁹ Art. 10(3) *Lignes directrices fédérales*.

²²⁰ Art. 10(4) *Lignes directrices fédérales*, qui réfère à l'annexe 2 pour la méthode de calcul.

²²¹ Nous aborderons cette question plus en détail au chapitre III, *infra* section 2.2.4 à la p. 119.

²²² Voir le chapitre I, *supra* section 2.2.1. aux notes 74 à 79 et le texte correspondant.

devront baliser les critères menant à la prise en considération des dettes et, par le fait même, l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire lorsque ce motif sera invoqué comme difficulté excessive.

Enfin, la question du droit d'accès soulève les mêmes interrogations concernant, d'une part, les coûts reliés à l'exercice du droit de visite pour le *parent non-gardien* (transport par exemple), et, d'autre part, les coûts supplémentaires assumés par le *parent gardien* en cas de non-exercice des droits d'accès convenus. D'abord, des frais "normaux" d'accès sont déjà prévus par les tables, les modèles économiques incluant une moyenne des coûts engagés à ce titre par les familles d'une même tranche de revenus. Pour que ces frais soient pris en considération au titre de difficultés excessives pour le payeur, ils devront être forcément très élevés, du moins "anormalement" élevés. Ensuite, nous pouvons prétendre qu'un raisonnement similaire s'applique au regard de l'exercice du droit d'accès comme tel; au Québec, dès qu'un parent obtient un droit de visite ou de sortie prolongé (à partir de 20 % du temps de garde), on retrouve un impact direct sur le calcul de la pension. Les tables québécoises en tiennent déjà compte, de même que les tables fédérales de façon discrétionnaire lorsque le droit d'accès atteint 40 %. À partir de quel critère pourrions-nous considérer que les frais reliés à l'exercice du droit de visite ou le non-exercice de celui-ci entraînent des difficultés excessives? Les tribunaux devront à cet égard baliser l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire²²³.

Un auteur canadien a exprimé l'opinion que les difficultés excessives pouvaient constituer une "défense" aux lignes directrices applicables (pour le payeur qui veut obtenir une diminution) ou une "offense" à ces mêmes lignes directrices par l'enfant ou le parent créancier (qui souhaite obtenir une majoration du montant obtenu avec les tables)²²⁴. Quoi qu'il en soit, les difficultés excessives constituent un mécanisme important permettant de contourner l'application présomptive des tables et pouvant mettre en péril les objectifs de prévisibilité et de souplesse de la réforme si une interprétation large des motifs entraînant des difficultés est retenue.

²²³ Nous aborderons cette question plus en détail au chapitre III, *infra* section 2.2.3 à la p. 114.

²²⁴ D.A.R. THOMPSON, "Difficultés excessives" dans *Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, *supra* note 150 à la p. H-3.

CONCLUSION

L'équilibre de la nouvelle législation utilisant des formules de fixation de la pension alimentaire dépend énormément de l'interprétation de la notion de difficultés excessives par les tribunaux. Sera-t-elle interprétée largement ou de manière restrictive ? Les difficultés excessives deviendront-elles un mécanisme de contrôle utilisé systématiquement par les tribunaux et permettant à ces derniers de développer leurs propres lignes directrices jurisprudentielles ? D.A. Rollie THOMPSON favorise pour sa part une interprétation restrictive et cite à cet égard Mathieu 19 : 24 : "[j]e vous le dis encore, il est plus facile à un chameau de passer par le trou d'une aiguille qu'à un riche d'entrer dans le royaume de Dieu"²²⁵.

Les frais relatifs à l'enfant et les dépenses spéciales donneront également lieu à une abondante jurisprudence quant à l'interprétation et l'évaluation des critères sous-jacents à la décision d'ajouter ou non certains de ces frais supplémentaires, notamment : du caractère "*extraordinaire*" ou "*particulier*" de certaines catégories de dépenses, du caractère "*raisonnable*" ou de la "*nécessité*" de la dépense, sans compter le critère des "*besoins*" et des "*moyens*" des parties d'assumer les frais réclamés.

Bref, les difficultés excessives et les frais supplémentaires, comme toutes les autres portes de sortie examinées dans le présent chapitre, soulèvent des interrogations quant à l'attitude des tribunaux face à toutes ces possibilités d'utiliser leur pouvoir discrétionnaire. Les deux premières feront l'objet d'une analyse approfondie au dernier chapitre. Ceci nous permettra de vérifier s'il est possible d'atteindre un équilibre entre la rigidité du nouveau système et la souplesse requise pour tenir compte des situations particulières propres à chaque famille. Les balises législatives seront-elles suffisantes pour éviter de revenir à un système entièrement discrétionnaire et préserver les objectifs d'uniformité et de prévisibilité de la réforme ?

²²⁵ *Ibid.*

Chapitre III

Équité, prévisibilité et uniformité face aux particularités de chaque famille : l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire renouvelé

Although entitled "guidelines", perhaps euphemistically, considering the limited judicial discretion available they should more realistically be called "must lines". There remain, however, several areas in which limited discretion must be applied by the courts²²⁶.

INTRODUCTION

Un premier constat se dégage rapidement d'une lecture de la plupart des décisions rendues depuis l'entrée en vigueur des barèmes : la contribution alimentaire de base est souvent perçue comme représentant un plancher²²⁷, un seuil qui peut être bonifié. Cette prémisse constitue une proposition dangereuse pour le raisonnement menant à l'interprétation des critères conduisant à une dérogation aux barèmes. En effet, cette affirmation suppose que les tables adoptées par le législateur sont insuffisantes et incomplètes. Or, la bonification du montant de base pour remédier à l'insuffisance des tables constitue une utilisation abusive

²²⁶ *Brodland c. Brodland* (1997), 34 R.F.L. (4th) 79 à la p. 81 (Sask. Q.B.).

²²⁷ À titre d'exemple, voir les deux décisions suivantes qui utilisent expressément cette expression (plancher par opposition à un plafond) : *Van Gool c. Van Gool* (1998), 44 R.F.L. (4th) 314 à la p. 328 (B.C. C.A.); *Scotcher c. Hampson* (1998), 41 R.F.L. (4th) 271 à la p. 273 (Ont. Gen. div.) et *V.(J.A.) c. V. (M.C.)* (1998), 7 W.W.R. 443 à la p. 457 (B.C. C.A.).

du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, alors que le pouvoir de corriger les lacunes du système appartient dorénavant au législateur. Cette vision de la pension alimentaire comme constituant un plancher peut mettre l'équilibre de la réforme en péril, tant parce que, d'une part, elle favoriserait les ajouts de frais supplémentaires que parce qu'elle limiterait, d'autre part, la possibilité d'utiliser la notion de difficultés excessives pour obtenir une réduction de la pension. Autrement dit, la contribution alimentaire de base représenterait un seuil où pourraient débiter des enchères sur le montant prévu par le législateur en faisant fi de ses objectifs d'uniformité et de prévisibilité. Adopter ce raisonnement se traduirait par un ajout systématique de certaines catégories de dépenses, dans le cadre des frais supplémentaires par exemple²²⁸, sans nécessairement effectuer la démarche imposée par le législateur de manière à ce que la discrétion judiciaire n'intervienne qu'en fonction des critères prévus par les *Lignes directrices fédérales* ou le *Règlement* au Québec.

Il est vrai que le législateur n'a pas choisi d'imposer un plafond aux pensions alimentaires pour enfants en instaurant les barèmes, du moins au fédéral²²⁹. La Cour suprême du Canada l'a d'ailleurs confirmé dans l'affaire *Baker c. Francis*²³⁰, où le revenu élevé du payeur dépassait ceux établis par les tables. Mais ce n'est pas parce que la pension alimentaire obtenue en vertu des tables ne constitue pas un *maximum* qu'il convient d'inférer qu'il s'agit d'un *minimum*. Certains tribunaux ont utilisé l'expression "plancher" par opposition à "plafond", privilégiant ainsi l'augmentation de la contribution alimentaire de base à sa réduction et freinant, par le fait même, les demandes de diminution fondées sur la notion de difficultés excessives. Or, les barèmes sont présumés correspondre aux besoins des enfants et aux facultés des parents. Cette réalité constitue la pierre angulaire de la réforme. La discrétion judiciaire ne doit donc être perçue que comme un moyen d'assouplir la fixation de la pension alimentaire afin d'éviter des injustices et pour tenir compte d'une situation familiale particulière prévue dans le cadre des *Lignes directrices fédérales* ou du *Règlement*. Dans ce

²²⁸ MCLEOD n'est pas favorable à la prise en compte des dépenses spéciales ou extraordinaires dans un contexte où la contribution alimentaire de base est qualifiée d'un plancher : J.G. MCLEOD, "Le système proposé de lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire" dans *Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, *supra* note 150 à la p. F-29.

²²⁹ Sauf au Québec où, à moins que le tribunal n'en décide autrement, la pension alimentaire ne peut excéder 50 % du revenu disponible du payeur (art. 8 *Règlement*). Rappelons que le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS propose de réduire ce plafond à 40 %, *supra* note 212 et le texte correspondant.

²³⁰ *Supra* note 210.

contexte, la notion de difficultés excessives peut avoir pour effet tant d'augmenter la pension alimentaire que de la réduire. La possibilité de diminuer la contribution alimentaire établie par le législateur apparaît contredire l'objectif de la réforme visant à augmenter les montants fixés par les tribunaux; pourtant, dans les faits, cette prérogative répond à un autre objectif de la réforme, à savoir d'assurer le caractère juste et équitable des montants accordés. L'équilibre du système dépend donc en partie de la reconnaissance de ce contexte où s'exercera le pouvoir discrétionnaire.

Nous proposons ainsi que la notion de difficultés excessives soit interprétée de façon restrictive, mais selon des critères équitables et objectifs permettant à l'une ou l'autre des parties d'utiliser cette porte de sortie. L'interprétation des critères donnant ouverture à l'ajout de frais supplémentaires devrait, quant à elle, nécessairement tenir compte du fait que le montant des tables comprend déjà tous les besoins des enfants et même davantage, selon le niveau de revenu des parents. Ce chapitre sera donc consacré à l'étude du comportement des tribunaux dans l'utilisation de leur pouvoir discrétionnaire lors de demandes visant à déroger aux tables fixées par le législateur dans le contexte de ces deux mécanismes.

1. L'AJOUT DE DÉPENSES PROPRES À CHAQUE FAMILLE

En matière de frais supplémentaires, la première question à laquelle les tribunaux ont été confrontés depuis l'entrée en vigueur des barèmes a consisté à se demander si la dépense à ajouter était déjà incluse dans les tables ou non. Pour certaines catégories de dépenses, la question ne se pose pas puisque le législateur ne les a manifestement pas incluses dans les barèmes²³¹. Dans ce cas, elles seront ajoutées presque automatiquement au montant de base en présence d'une preuve de leur existence. Il s'agit des frais de garde (même si au fédéral le Comité fédéral-provincial-territorial semblait à priori les avoir inclus dans le modèle économique retenu²³²), des frais d'études postsecondaires (souvent reliés à l'attribution de la pension alimentaire pour l'enfant majeur, laquelle répond à d'autres critères législatifs et jurisprudentiels que

²³¹ D. GOUBAU, "Sécurité juridique et discrétion judiciaire : un difficile équilibre dans la fixation des pensions alimentaires pour enfants" dans *Développements récents en droit familial* (1999), Service de la formation permanente, Barreau de Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 45 à la p.65.

²³² Voir au chapitre II, *supra* notes 63 à 65 et le texte correspondant.

celle pour l'enfant mineur) et enfin de certains frais médicaux²³³. Nous avons déjà vu que toutes ces dépenses doivent néanmoins répondre au critère général d'attribution de ces frais supplémentaires : au Québec, elles doivent être raisonnables eu égard aux besoins et aux facultés de chacun des parents²³⁴ et, au fédéral, répondre au critère de l'intérêt de l'enfant (au Québec, ce critère est implicite à toute décision touchant l'enfant²³⁵), la dépense devant être raisonnable par rapport aux ressources des époux et aux habitudes de dépenses de la famille avant la séparation²³⁶.

Ainsi, lorsqu'il est question d'activités parascolaires, d'activités de loisirs, sportives ou culturelles ou, encore, de frais relatifs à l'école privée ou à des activités de formation particulière, l'attribution de la pension alimentaire se complexifie. En effet, en plus de définir la teneur de ces frais, les tribunaux devront analyser les critères devant servir à qualifier ces dépenses. Au Québec, il s'agit des frais particuliers définis comme étant liés à la situation particulière dans laquelle se trouve l'enfant²³⁷. Au fédéral, ces frais devront être extraordinaires²³⁸. Ainsi, c'est le caractère *particulier* ou *extraordinaire* de ces frais supplémentaires qui permettra d'ajouter ces derniers à la contribution alimentaire de base. Une partie de ces dépenses est donc déjà incluse dans les tables, c'est-à-dire le montant *ordinaire* ou *moyen* selon le niveau de revenu où l'on se situe. Les tables comprennent donc déjà certaines activités de loisirs et certains frais scolaires. Logiquement donc, plus les revenus sont élevés et plus les tables prennent en considération des dépenses qui dépassent le

²³³ Voir nos commentaires au chapitre II, *supra* section 2.3 aux pp. 70-71. Pour les frais médicaux, au Québec, voir : *Droit de la famille-2951*, [1998] R.D.F. 317 à la p. 319 (C.S.) qui dispose que les frais médicaux doivent être interprétés de façon large et libérale, les tables n'étant pas très généreuses en comparaison des tables fédérales. Le juge ajoute que Statistique Canada emploie le terme "soins personnels" dans la description des neuf besoins essentiels utilisés pour l'élaboration des tables, n'incluant pas les frais de lunettes ou les frais dentaires. Voir également : *Droit de la famille-2873*, *supra* note 179, où la Cour d'appel du Québec statue que les frais d'orthodontie sont des frais particuliers au sens de l'art. 9 du *Règlement* et doivent être ajoutés à la contribution alimentaire de base. *Contra* : *Droit de la famille-3287* (19 avril 1999), Québec 200-04-005580-988, J.E. 99-972 (C.S.).

²³⁴ Art. 587.1 al. 2 C.c.Q.

²³⁵ Art. 33 C.c.Q.

²³⁶ Art. 7 (1) *Lignes directrices fédérales*.

²³⁷ Art. 9 *Règlement*.

²³⁸ Art. 7 (1) d) et 7 (1) f) *Lignes directrices fédérales*.

minimum vital ou les besoins de base²³⁹. Selon cette logique, plus les revenus augmentent et moins il serait nécessaire de s'écarter des barèmes pour prendre en considération les activités particulières de l'enfant, puisqu'elles seraient déjà incluses dans les tables. C'est donc dire qu'à un niveau de revenu donné, certaines dépenses peuvent perdre le caractère *particulier* ou *exceptionnel* qu'elles avaient pour un niveau de revenu inférieur.

La méthode permettant de conclure que la dépense n'est pas déjà incluse dans les barèmes devra donc nécessairement tenir compte de cette réalité propre aux tables de fixation. Or, le législateur n'a pas donné d'indications précises permettant de savoir ce qu'englobent les tables et, par conséquent, sur la façon dont une dépense pourrait être qualifiée d'extraordinaire ou de particulière. Aussi, de nombreuses décisions font état de cette problématique et tentent de dégager un principe permettant à la discrétion judiciaire d'intervenir en conformité avec les objectifs fixés par le législateur. Comme le soulignait D. GOUBAU dans un article visant à établir la part de sécurité juridique et de souplesse requise pour atteindre un équilibre au sein du nouveau régime de fixation de la pension alimentaire pour enfants :

Quel est alors le critère permettant de conclure, d'une part, qu'un besoin n'est pas déjà couvert par les barèmes et, d'autre part, qu'il devrait justifier une augmentation de la pension alimentaire :

- *Le caractère hors du commun de l'activité ?*
- *Les aptitudes particulières ou exceptionnelles de l'enfant ?*
- *Les moyens financiers des parents ?*
- *Les choix éducationnels des parents avant la rupture du couple ?*
- *Le coût exorbitant de l'activité ?*
- *Le train de vie antérieur de l'enfant ?*
- *Le fait que cette dépense spécifique dépasse ce que dépensent normalement des parents du même revenu pour les fins en question ? [notes omises]²⁴⁰*

²³⁹ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p. 66; *Droit de la famille*-3210, [1999] R.D.F. 73 (C.S.); *R. (E.K.) c. W. (G.A.)* (1997), 32 R.F.L. (4th) 202 (Man. Q.B.); *Campbell c. Martijn* (1997), 40 R.F.L. (4th) 41 (P.E.I. T.D.); *Raftus c. Raftus* (1998), 37 R.F.L. (4th) 59 (N.S. C.A.), juge BATEMAN; *McLaughlin c. McLaughlin*, (1998) 167 D.L.R. (4th) 39 (B.C. C.A.) et *Middleton c. MacPherson* (1997), 29 R.F.L. (4th) 334 (Atla. Q.B.).

²⁴⁰ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p. 67.

1.1. LE CARACTÈRE PARTICULIER OU EXTRAORDINAIRE DE CERTAINS FRAIS

Une fois que les juges ont constaté l'absence de balises permettant de distinguer une dépense comprise dans les tables de celle qui ne l'est pas, ceux-ci doivent alors inévitablement tenter de définir les expressions "frais particuliers" ou "dépenses extraordinaires". De plus, si certaines dépenses spéciales ou certains frais relatifs à l'enfant sont ajoutés plus ou moins systématiquement par les tribunaux, comme nous l'avons vu précédemment, nous pouvons d'ores et déjà affirmer qu'il n'en est pas de même des "frais particuliers" ou des "dépenses extraordinaires". Même si plusieurs approches se dessinent dans la façon d'utiliser ce nouveau pouvoir discrétionnaire, nous constatons pourtant qu'il s'exerce de manière restrictive et avec prudence par les juges.

Il ressort de l'interprétation jurisprudentielle du mot *extraordinaire* des *Lignes directrices fédérales* qu'elle est conforme au sens donné par le dictionnaire²⁴¹. Dans l'affaire *Raftus c. Raftus*²⁴² de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et malgré un jugement partagé sur l'interprétation de ce critère, tous les juges s'entendent pour retenir le sens usuel du mot *extraordinaire*, c'est-à-dire signifiant au-delà de ce qui est usuel et qui se révèle exceptionnel, remarquable ou hors de l'ordinaire. Le juge BATEMAN utilise les expressions suivantes pour définir ce critère : " "Extraordinary" is defined as "going beyond what is usual, regular or customary"; "exceptional to a very marked extent"; "beyond or out of the common order or method"; "highly unusual or exceptional or remarkable" "²⁴³.

Quant aux juges majoritaires, ils abondent dans le même sens en ces termes :

[...] I adopt the definition of that word which appears in the New Shorter Oxford English Dictionary, 1993, as follows :

²⁴¹ *Middleton c. MacPherson*, supra note 239; *Brodland c. Brodland*, supra note 226; *Krislock c. Krislock* (1997), 34 R.F.L. (4th) 420 (Sask. Q.B.); *Carnall c. Carnall* (1998), 37 R.F.L. (4th) 392 (Sask. Q.B.); *McLaughlin c. McLaughlin*, et *Raftus c. Raftus*, supra note 239.

²⁴² *Supra* note 239 [ci-après *Raftus*].

²⁴³ *Ibid.*, à la p. 68, juge BATEMAN.

1. *Out of the usual or regular course of order, special.* ... 3. *Of a kind not usually met with, exceptional;* ... 4. *Exceeding what is usual in amount, degree, extent or size,* ... 5. *Additional to what is usual, extra [sic]*²⁴⁴.

Au Québec, le *Règlement* qualifie de frais particuliers certaines activités parascolaires, certains programmes de formation ou frais médicaux. Bien que le législateur n'ait pas retenu le qualificatif *exceptionnel* prévu dans la première version du règlement²⁴⁵, certains juges utilisent ce critère comme référence²⁴⁶, en ayant peut-être aussi à l'esprit le caractère *extraordinaire* qui qualifie ces frais au fédéral. Pourtant, exiger que l'enfant se trouve dans une situation exceptionnelle va beaucoup plus loin que la volonté du législateur qui a choisi, au Québec, d'utiliser un critère moins restrictif que le caractère *exceptionnel*. Les tribunaux doivent vérifier si l'activité à être ajoutée constitue des "frais particuliers liés aux besoins que dicte, à l'égard de l'enfant, la situation particulière dans laquelle il se trouve"²⁴⁷.

Cette définition met de l'avant une double exigence : celle d'une particularité au regard de ces frais, en plus d'une situation particulière pour l'enfant. L'adjectif *particulier* qualifie donc les frais et la situation de l'enfant, ce qui fait dire à certains juges "[qu']à défaut d'élégance, la redondance du style laisse percer une exigence quant à la qualification du besoin, voire une distinction entre celui-ci et le besoin de base"²⁴⁸. Cette dernière interprétation fait bien ressortir le fait qu'en ce qui concerne le système québécois, les frais particuliers n'ont pas à être exceptionnels, mais doivent néanmoins se situer hors normes, la norme étant les montants prévus dans les tables²⁴⁹. Le fait que le besoin n'ait pas à être qualifié d'exceptionnel ne permet pas non plus d'appliquer uniquement le test du caractère

²⁴⁴ *Ibid.*, à la p. 76.

²⁴⁵ Projet de règlement, *Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, (1997) 129 G.O. II, 958, à l'art. 9.

²⁴⁶ *Droit de la famille-2718*, [1997] R.J.Q. 2279 (C.S.); *Droit de la famille-2871*, [1998] R.D.F. 111 (C.S.); *Droit de la famille-2848*, [1998] R.D.F. 84 (C.S.); *Droit de la famille-2772*, [1997] R.D.F. 745 (C.S.); *Droit de la famille-2752*, [1997] R.D.F. 706 (C.S.); *Droit de la famille-2962*, [1998] R.J.Q. 1123 (C.S.) (homologation de convention de jugement le 22 juin 1998, C.A.M. 500-09-006407-985).

²⁴⁷ Art. 9 *Règlement*.

²⁴⁸ *Droit de la famille-2889*, [1998] R.D.F. 72 à la p. 75 (C.S.) et *Droit de la famille-3210*, *supra* note 239 à la p. 76 (C.S.).

²⁴⁹ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p. 66.

raisonnable par rapport aux moyens des parents²⁵⁰. Ce test interviendra lors d'une seconde étape que nous étudierons ci-dessous à la section 1.2., tout comme dans les *Lignes directrices fédérales* soit après que la dépense ait été jugée *extraordinaire* ou *particulière*.

La définition d'activité parascolaire a également été précisée par les tribunaux. Il ressort de cette interprétation jurisprudentielle un concept assez large visant toutes les activités qui sont en dehors du programme scolaire ou du programme d'études²⁵¹. Malgré cela, il faut vérifier ce qui est déjà inclus à ce titre dans les barèmes, surtout qu'au Québec, le modèle économique sous-jacent aux tables de fixation intègre déjà le coût des loisirs²⁵². Une interprétation large de la définition d'activités parascolaires semble respecter l'esprit de la réforme visant à accorder suffisamment de souplesse pour tenir compte des situations particulières des familles²⁵³. L'interprétation restrictive, quant à elle, doit se situer à l'étape de l'évaluation du caractère *extraordinaire* ou *particulier* des frais, c'est-à-dire avant l'étape visant à décider s'il y a lieu de les ajouter ou non à la pension alimentaire de base et qui obéit à d'autres exigences.

Il ressort donc de l'interprétation jurisprudentielle, tant au fédéral qu'au Québec, que la qualification de la dépense doit se situer hors norme, avoir un caractère inhabituel, en plus de ne pas être couverte par les barèmes. Mais le caractère *extraordinaire* ou *particulier* doit-il être évalué en fonction de la nature de la dépense, du coût de celle-ci ou encore des moyens financiers des parents? Qu'est-ce qui confère un caractère *particulier* ou *extraordinaire* justifiant une augmentation de la contribution parentale de base? Trois approches ont été

²⁵⁰ *Ibid.*, *Droit de la famille-2718*, *supra* note 246; *Contra* : N. Parent, "L'application des nouvelles règles de fixation des pensions alimentaires depuis le 1^{er} mai 1997" dans *Développements récents en droit familial (1998)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1998, 27 à la p. 38 où cette auteure semble se contenter du test de la dépense raisonnable réclamée en fonction des revenus des parents mais reconnaît qu'exiger la preuve d'une dépense exceptionnelle va au-delà des termes du *Règlement* et constitue une approche trop restrictive.

²⁵¹ *Raftus*, *supra* note 239 aux pp. 68 et 76; *Middleton c. MacPherson*, *supra* note 239 à la p. 343; *Nataros c. Nataros* (1998), 40 R.F.L. (4th) 295 à la p.315 (B.C. Master).

²⁵² Voir chapitre 2, *supra* notes 164-165 et le texte correspondant.

²⁵³ Au fédéral, certaines décisions disposent que l'activité parascolaire admissible doit être restreinte aux dépenses pour des activités où l'enfant a un talent spécial : *Middleton c. MacPherson*, *supra* note 239 à la p. 343; *contra* : *Raftus*, *supra* note 239 aux pp. 68 et 76. Au Québec, les talents spéciaux de l'enfant pourraient intervenir au niveau de la détermination de la situation particulière dans laquelle il se trouve, *infra* note 304 et le texte correspondant.

développées dans les *Lignes directrices fédérales*²⁵⁴ et nous verrons comment elles peuvent s'appliquer au Québec.

1.1.1. LE TEST OBJECTIF : LA NATURE DE LA DÉPENSE OU DE L'ACTIVITÉ

En ce qui concerne les *Lignes directrices fédérales*, le test objectif se caractérise par l'analyse de la nature de l'activité ou de la dépense elle-même pour déterminer si elle peut être qualifiée d'extraordinaire ou non. Le test se décrit comme objectif en ce que la situation familiale n'intervient pas dans la qualification de la nature de la dépense ou de l'activité. Cette approche a été retenue par la majorité des juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Raftus* précitée²⁵⁵, le juge BATEMAN, dissidente, ayant plutôt retenu l'approche subjective que nous décrirons à la section 1.1.2. Paradoxalement et malgré l'utilisation de deux approches différentes, tous les juges en arrivèrent au même résultat, soit que les dépenses pour des activités de soccer, de natation et de Tae Kwan Do n'étaient pas extraordinaires en l'espèce.

Ce test objectif est perçu comme étant restrictif puisque peu de dépenses peuvent être qualifiées d'extraordinaires de par leur nature sans que d'autres facteurs entrent en ligne de compte, comme les revenus ou la situation familiale. L'affaire *Hoover c. Hoover*²⁵⁶ reflète cette approche restrictive lorsque le juge considère comme extraordinaire l'achat d'équipement d'ordinateur en raison du fait que ce ne sont pas tous les enfants qui peuvent avoir accès à ce genre d'activités. Toutes les autres activités parascolaires soumises ont été considérées comme ordinaires et incluses dans les tables.

Les tenants de l'approche objective telle que décrite dans l'affaire *Raftus* posent comme postulat que les tables de fixation couvrent toutes les dépenses ordinaires, y compris les activités parascolaires ou les frais d'inscription à un programme éducatif. Aussi, ce n'est pas

²⁵⁴ Ces trois approches sont détaillées dans l'affaire *McLaughlin c. McLaughlin*, *supra* note 239.

²⁵⁵ *Supra* note 239. Au même effet voir : *Andries c. Andries* (1998), 36 R.F.L. (4th) 175 (Man. C.A.) [ci-après *Andries*]; *Meuser c. Meuser* (1998), 40 R.F.L. (4th) 295 (B.C. S.C.), appel accordé en 1999 à 168 D.L.R. (4th) 387 (B.C. C.A.) mais non sur cette question.

²⁵⁶ [1997] N.W.T.J No 43 (N.W.T. S.C.) cité par D.R. ASTON, "An Update of Case Law Under the Child Support Guidelines" (1998-99) 16 C.F.L.Q. 261 à la p. 319.

parce qu'une dépense usuelle ou ordinaire a un impact important sur la capacité de payer des parents à un certain niveau de revenu qu'elle peut être qualifiée d'extraordinaire. Pour les objectivistes, le revenu combiné des parents n'est pas pertinent dans l'évaluation du caractère *extraordinaire* d'une dépense, surtout que les tables ne donnent aucune indication de ce qui est déjà inclus à titre, par exemple, de frais parascolaires ou d'inscription à un programme éducatif spécial, et ce, pour chaque niveau de revenu. Comme il est impossible de déterminer à partir de quel niveau de revenu ces frais deviennent extraordinaires, le critère des revenus fait plutôt place à la nature de l'activité ou de la dépense. Les revenus des parents ne doivent être pris en considération que lors de la seconde étape, soit l'évaluation de la nécessité par rapport à l'intérêt de l'enfant et le caractère raisonnable des frais par rapport aux ressources des époux et aux habitudes de dépenses précédant la séparation. Enfin, cette approche objective serait celle reflétant le plus adéquatement les objectifs des *Lignes directrices fédérales*. Celles-ci prévoient justement la réduction des conflits et des tensions entre époux en établissant des critères objectifs visant à augmenter l'efficacité du processus judiciaire et à assurer un traitement plus uniforme des époux et enfants²⁵⁷.

La Cour d'appel du Manitoba, dans l'affaire *Andries*²⁵⁸, adopte la méthode objective élaborée dans l'affaire *Raftus* en précisant que cette approche est plus compatible avec le langage et la structure de l'article 7 (1) des *Lignes directrices fédérales*. Le mot *extraordinaire* qualifie la dépense plutôt que l'activité; aussi, une activité parascolaire ne doit être déclarée extraordinaire que si elle est hors de proportion par rapport aux coûts normaux associés à cette activité particulière. Pour le juge TWADDLE, ce test permet de tenir compte des différences régionales à l'intérieur d'une province pour prendre en considération, par exemple, les coûts de transport reliés à l'activité ou l'accessibilité de celle-ci, et d'ajouter un montant dans les situations où l'enfant a des besoins spéciaux dont les coûts excèdent la moyenne²⁵⁹.

²⁵⁷ *Andries*, supra note 255.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ *Ibid.* à la p. 187.

J. G. MCLEOD a dénoncé, dans son annotation de l'affaire *Andries*²⁶⁰, l'approche objective qu'il juge trop restrictive. Il désapprouve le fait que les revenus des parents ne soient pas pris en considération pour évaluer le caractère extraordinaire de l'activité ou de la dépense. Selon lui, cette interprétation ne respecte pas le contexte social à l'intérieur duquel les pensions alimentaires sont réclamées. De plus, les aliments accordés en considération de dépenses extraordinaires visent justement à reconnaître les situations familiales particulières qui se démarquent d'un traitement uniforme de toutes les familles. D'où l'importance d'évaluer la dépense dans un contexte familial précis et non uniquement sa nature et son coût, en faisant abstraction des facteurs reliés à la famille elle-même. L'article 7 des *Lignes directrices fédérales* ne présume pas de la capacité, pour les parties, de payer une dépense extraordinaire. En cela, cet article reconnaît une catégorie de dépenses qui, par sa nature, rompt avec l'uniformité du système, le régime acceptant implicitement qu'un montant de pension alimentaire puisse être différent pour des parents ayant des revenus similaires et accordé en fonction de la capacité de payer des parents²⁶¹.

Au Québec, nous pouvons reconnaître des similitudes à l'approche objective dans *Droit de la famille-3000*²⁶², où le tribunal prend en considération la nature et le coût des activités estivales des enfants pour fixer le montant payable par le père, et ce, sans discuter du niveau de revenu des parties. En l'occurrence, il s'agissait de dépenses pour un séjour linguistique en Angleterre, de camps spécialisés en microbiologie et aérospatiale, d'un camp musical et d'un autre séjour linguistique à Stanstead, au Québec. Ces dépenses ont été jugées particulières en raison de leur nature et de leur coût malgré le niveau de revenu élevé des parents. Par contre, le juge refuse d'ajouter des frais pour des outils pédagogiques et des costumes obligatoires à l'école privée puisqu'il s'agit selon lui de dépenses courantes, déjà couvertes par les frais de base et ne pouvant être qualifiées de frais particuliers²⁶³. De façon générale,

²⁶⁰ J.G. MCLEOD, "Annotation", *Andries c. Andries* (1998), 36 R.F.L. (4th) 176 à la p. 180.

²⁶¹ *Raftus c. Raftus*, supra note 239 à la p. 71, où le juge BATEMAN (dissidente) expose cette position en s'appuyant sur une opinion des co-auteurs J.C. MACDONALD et A.C. WILTON : *Child Support Guidelines in Divorce Proceedings : A Manual*, Scarborough, Carswell, 1996 à la p. 49.

²⁶² [1998] R.D.F. 334 (C.S.) (suivi appel C.A.M. 500-09-006602-981).

²⁶³ Voir *Droit de la famille-2848*, supra note 246 où le juge refuse également d'inclure des frais d'achat de livres, journée blanche, voyage aux États-Unis et bal de finissants parce que déjà compris dans la fixation du *quantum* de base payable; *Droit de la famille-2889*, supra note 248 où les frais de transport et d'achat de livres ne sont pas particuliers et sont inclus dans la contribution de base (enfants fréquentent l'école publique).

au Québec, la nature de la dépense est invoquée pour préciser qu'il s'agit d'une dépense déjà incluse dans les tables de fixation (et qu'il n'y a donc pas lieu de l'ajouter à titre de frais particuliers) ou encore la dépense est ajoutée sans que le tribunal justifie pourquoi elle répond à la définition de frais particuliers²⁶⁴. L'approche consistant à analyser la nature de la dépense invoquée sans considérer d'autres facteurs est peu populaire au Québec. Ceci s'explique par l'existence du test subséquent imposé par le législateur, dans la définition de frais particuliers, à l'effet que les tribunaux doivent tenir compte de "*la situation particulière dans laquelle se trouve l'enfant*"²⁶⁵, et qui se rapproche davantage du test subjectif que nous allons exposer à la section 1.1.2.

Quoi qu'il en soit, les principales critiques du test objectif résultent de l'absence de prise en compte des revenus ou de la situation financière des parties dans la qualification de la dépense, vice auquel les tenants de l'approche dite *subjective* cherchent à remédier.

1.1.2. LE TEST SUBJECTIF TENANT COMPTE DES REVENUS DES PARTIES

Bien que la majorité des juges de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Raftus* ait retenu le test objectif pour qualifier une dépense d'extraordinaire ou non, c'est le juge BATEMAN, dissidente quant aux motifs, qui a développé l'approche dite *subjective*. Selon cette méthode, ce n'est pas la nature de la dépense ou de l'activité qui doit être extraordinaire, mais seulement la dépense qui y est associée. Ce faisant, et ceci caractérise le test subjectif, les tribunaux doivent évaluer cette dépense en fonction des revenus des parents. Le juge BATEMAN reconnaît, à l'instar des tenants de l'approche objective, que les montants prévus dans les tables incluent déjà une contribution raisonnable pour les frais parascolaires et ceux reliés à la fréquentation d'une école primaire ou secondaire. Mais la différence fondamentale de sa méthode est qu'elle tient compte du fait qu'une famille à faibles revenus bénéficie de moins de marge de manœuvre qu'une famille plus aisée pour se permettre de dépenser pour des activités parascolaires. Ainsi, plus les revenus augmentent, plus la participation à ce type de dépenses augmente également, comme il en va pour les autres catégories de frais tels la

²⁶⁴ *Ibid.*, voir aussi : *Droit de la famille-2900*, [1998] R.D.F. 134 (C.S.) et *Droit de la famille-2520* (9 avril 1999), Montréal 500-12-220334-944, J.E. 99-1023 (C.S.).

²⁶⁵ Art. 9 *Règlement*.

nourriture et les vêtements. Cette réalité se reflète également en ce qui a trait aux autres dépenses incluses dans les tables.

Quant à la nécessité de tenir compte des revenus des deux parents lors du test subjectif, le juge BATEMAN la justifie d'abord parce qu'en vertu des *Lignes directrices fédérales*, l'ajout de ce type de dépenses doit de toute façon être réparti proportionnellement en fonction des revenus des deux parents. De plus, la capacité financière pour une famille intacte de contribuer à ce type de dépenses est intimement liée à son niveau de revenu, celui-ci étant déterminé par le revenu des deux parents, comme si la famille était encore unie. Il devrait donc en être de même lorsque la famille vit séparée. Il s'agit également d'une façon indirecte de tenir compte du revenu du parent gardien, étant donné que les tables fédérales sont basées sur le revenu du payeur seulement. Malgré cela, le juge BATEMAN reconnaît qu'il peut sembler hypothétique de tenir compte des revenus des deux parents alors qu'ils vivent séparés. Pour elle cependant, il ne s'agit pas de prendre en considération le contexte financier comme les dettes, les moyens de payer en général ni la réalité financière vécue par les parents séparés. Ce contexte sera apprécié uniquement lors de la deuxième étape, celle de l'analyse de la nécessité et du caractère raisonnable de la dépense eu égard aux moyens des parents²⁶⁶. Elle estime donc préférable de référer dans un premier temps au niveau de revenu des parents séparés pour analyser et mettre en perspective le caractère extraordinaire ou non de cette dépense dans le contexte familial précis.

Un courant jurisprudentiel s'est développé où les tribunaux prennent seulement en considération le revenu du créancier alimentaire pour déterminer si la dépense est extraordinaire ou non²⁶⁷. Le caractère extraordinaire de la dépense s'évalue alors du point de vue du parent gardien, celui qui aurait dans les faits à assumer cette dépense au quotidien, à

²⁶⁶ Raftus, *supra* note 239 à la p. 69.

²⁶⁷ Ellis c. Ellis (1997), P.E.I.R. 193 (P.E.I. S.C.); Campbell c. Martijn, *supra* note 239; Ewart c. Miller (1997), 34 R.F.L. (4th) 408 (Sask. Q.B.); Walkeden c. Zemlack (1997), 33 R.F.L. (4th) 52 (Sask. Q.B.); Krislock c. Krislock, *supra* note 241 où le juge mentionne à la p. 427 :

"In the circumstances at hand, the petitioner has no financial resources other than spousal and child support and the respondent earns a reasonable income. Given the limited means which will be available to the petitioner in terms of spousal and child support, I am satisfied that paying for hockey is an extraordinary expense in the case of the petitioner".

Au Québec, voir *Droit de la famille-2962*, *supra* note 246 à la p. 1128.

même son revenu et la contribution alimentaire de base. Or, la question n'est pas de savoir qui doit assumer cette dépense, qui en a les moyens ou comment la dépense sera absorbée, mais plutôt si elle est extraordinaire et, par conséquent, non prévue par le législateur dans les barèmes de base. Il existe donc un risque de divergence, dans l'approche subjective, quant aux revenus possibles pouvant être pris en considération par les tribunaux dans un système pourtant censé être plus uniforme.

Une approche basée sur les revenus reflèterait mieux l'intention du législateur à l'article 7 des *Lignes directrices fédérales*, alors que l'approche objective respecterait davantage les principes d'interprétation des lois en raison de la rédaction de cette même disposition réglementaire (puisque, selon une interprétation littérale, c'est la dépense qui est qualifiée d'extraordinaire)²⁶⁸. En effet, le test subjectif basé sur la prise en compte des revenus permet de considérer qu'une dépense dont le coût ne peut être qualifié d'extraordinaire pour des parents à revenus élevés pourrait très bien l'être en présence d'une famille à faibles revenus. Ceci reflète, selon les tenants de l'approche subjective, l'intention du législateur. En effet, comme le dénonce le juge BATEMAN, appliquer le test objectif de la nature de la dépense pourrait avoir l'effet pervers suivant : un enfant issu d'une famille à faibles revenus ne pourrait pas s'attendre à recevoir une modeste participation supplémentaire au chapitre de la pension alimentaire pour une activité de hockey, cette dernière n'étant pas extraordinaire par nature. Cependant, la dépense pourrait être jugée, dans cette situation, extraordinaire en raison des faibles revenus des parents, en plus de se révéler malgré tout nécessaire et raisonnable²⁶⁹. Il va sans dire que l'approche subjective tient compte du fait que plus les revenus augmentent, plus le montant de base inclut des dépenses qui ne seraient autrement pas comprises dans les tables pour des familles à faibles revenus.

Une approche tenant compte des revenus des parents avait été appliquée dès l'entrée en vigueur des barèmes dans l'affaire *Middleton c. MacPherson*²⁷⁰. À la suite de l'affaire *Raftus*, plusieurs provinces ont adopté cette méthode, dont la Cour d'appel de la Saskatchewan dans

²⁶⁸ Consulter D. R. ASTON, *supra* note 256 à la p. 284, qui partage aussi cet avis.

²⁶⁹ *Raftus*, *supra* note 239 à la p. 70.

²⁷⁰ *Supra* note 239; voir également *R. (E.K.) c. W. (G.A.)*, *supra* note 239.

l'affaire *Fichter c. Kofoed*²⁷¹, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *McLaughlin c. McLaughlin*²⁷² et la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Sanders c. Sanders*²⁷³. Au Québec, certains juges ont également adopté une approche dite subjective dans la définition de frais particuliers en considérant différents facteurs comme les revenus des parents et les habitudes de dépenses avant la séparation²⁷⁴.

L'approche basée sur le critère des revenus parentaux comporte une grande part de subjectivité pouvant donner ouverture à beaucoup de discrétion judiciaire dans la façon même de tenir compte des revenus parentaux. La prochaine approche que nous allons décrire permet d'utiliser les avantages du test basé sur les revenus tout en objectivant l'exercice de la discrétion judiciaire, en évacuant la notion de revenu des parents au profit de la comparaison des habitudes des dépenses du même niveau socio-économique. Il s'agit d'un compromis entre le test complètement objectif, qui néglige la situation familiale, et le test complètement subjectif, qui impose l'obligation de prendre en considération le revenu des parties à deux reprises : lors de l'évaluation du caractère extraordinaire de la dépense, lors de celle du caractère raisonnable de cette dernière et de l'évaluation de sa nécessité eu égard aux moyens des parents.

1.1.3. LE CRITÈRE DE LA DÉPENSE COMPARÉE AU NIVEAU SOCIO-ÉCONOMIQUE

Dans l'affaire *Andries*, le juge TWADDLE soulignait trois imperfections relativement à l'adoption d'une méthode subjective tenant compte des revenus²⁷⁵. Premièrement, cette approche requiert la considération du revenu des parties à deux reprises, d'abord sur le plan de la qualification du caractère extraordinaire de la dépense et, ensuite, lors de l'évaluation de sa nécessité et de son caractère raisonnable. Deuxièmement, comme les tables de fixation incluent déjà une somme pour des activités parascolaires, cette méthode risque de faire en

²⁷¹ (1998), 161 D.L.R. (4th) 189 (Sask. C.A.).

²⁷² *Supra* note 239.

²⁷³ (1998), 42 R.F.L. (4th) 239 (Alta. C.A.).

²⁷⁴ Voir par exemple *Droit de la famille-3366* (2 juin 1999), Montréal 500-12-238620-979, J.E. 99-1437 (C.S.) et *Droit de la famille-3210*, *supra* note 239.

²⁷⁵ *Supra* note 255 à la p. 185.

sorte que le payeur contribue deux fois pour la même dépense. Troisièmement, le juge souligne qu'un parent ayant des revenus élevés a moins de risques de payer des frais supplémentaires pour une dépense extraordinaire qu'une famille à faibles revenus (la famille à faibles revenus disposant de moins de marge de manœuvre en ce qui concerne les frais inclus dans la contribution parentale de base) puisque la plupart de ces dépenses seraient déjà comprises dans le barème à son niveau de revenu.

La première objection soulevée par le juge TWADDLE apparaît fort à propos. En effet, les revenus parentaux doivent être pris en compte lors de l'étape qui suit la qualification extraordinaire de ces frais et qui consiste à vérifier si l'ajout de cette dépense extraordinaire est nécessaire et raisonnable eu égard aux facultés des parents. Le législateur a expressément prévu cette vérification à l'article 7 des *Lignes directrices fédérales*, ainsi qu'à l'article 587.1 du *Code civil du Québec*²⁷⁶. Le législateur n'étant pas censé parler pour ne rien dire, il a expressément prévu la considération des revenus parentaux à l'étape ultérieure. Dans ce contexte, pourquoi n'aurait-il pas prévu que ce critère s'appliquerait non seulement au caractère raisonnable et nécessaire des frais, mais également à leur caractère extraordinaire ou particulier ? Ceci n'est manifestement pas le cas.

Quant à la deuxième objection du juge TWADDLE, elle semble superflue puisque, les frais extraordinaires n'étant pas intégrés dans les barèmes, il n'y a pas de danger que le débiteur paie deux fois pour la même dépense. Il paiera d'abord pour les frais ordinaires ou normaux pour un niveau de revenu donné et inclus dans les tables, et ensuite pour des frais extraordinaires, s'il y a lieu, et représentant une dépense supplémentaire. Le risque qu'un parent paie deux fois pour la même dépense n'est donc pas réaliste.

Enfin, le juge TWADDLE présente comme étant la troisième imperfection de l'approche subjective tenant compte des revenus parentaux ce qui semble plutôt être un élément favorable à l'équilibre du régime. En effet, l'idée qu'un parent ayant des revenus élevés ait

²⁷⁶ J. G. MCLEOD ne croit pas qu'il faut retenir cette objection. Dans son annotation de l'affaire *Andries*, *supra* note 260 à la p. 177, il reconnaît expressément que le juge TWADDLE a raison lorsqu'il constate que les revenus du parent non-gardien seraient pris en considération deux fois, mais il ajoute : "So What?" en précisant cependant que cela est à peine choquant, puisque le juge peut tenir compte du contexte particulier de la famille pour ajouter cette dépense.

moins de probabilités de payer des frais supplémentaires qu'un parent à faibles revenus apparaît logique et conforme aux objectifs des barèmes, puisque tout ajout doit se justifier pour tenir compte des particularités de chaque famille. Comme les tables ne peuvent inclure beaucoup de dépenses spéciales pour les niveaux de revenus inférieurs (ceux-ci disposant de peu de marge de manœuvre pour inclure d'autres dépenses que celles dites de base), il est logique que les dépenses extraordinaires soient évaluées à part. Les frais supplémentaires, rappelons-le, ne visent pas à majorer une pension alimentaire minimale ou représentant un plancher pour lui faire atteindre un seuil acceptable. Elle est présumée répondre aux besoins des enfants²⁷⁷. Pour faire profiter l'enfant du niveau de revenu élevé de son parent non-gardien conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Willick*, il existe d'autres moyens dans les *Lignes directrices fédérales* et au *Règlement* permettant d'augmenter la pension alimentaire de base, sans mettre en péril les objectifs de la réforme²⁷⁸ et sans qu'il soit nécessaire de qualifier indûment une dépense d'extraordinaire ou de particulière. La Cour suprême a d'ailleurs récemment confirmé toute la discrétion judiciaire dont dispose le tribunal pour augmenter ou diminuer une pension alimentaire qui ne conviendrait pas, dans les cas de revenus supérieurs à 150 000 \$²⁷⁹.

Ainsi, seule la première objection du juge TWADDLE mérite d'être retenue à titre d'inconvénient dans l'adoption d'un test subjectif tenant compte du revenu des parties. En effet, la prise en considération du revenu comme facteur subjectif pour déterminer si la dépense est extraordinaire ou non (peu importe qu'il s'agisse du revenu des deux parents, du revenu du débiteur ou du revenu du créancier) est trop aléatoire et donne ouverture à une trop grande discrétion. Le revenu des parties ne devrait pas être un facteur pour déterminer si l'on est en présence de frais particuliers ou de dépenses extraordinaires²⁸⁰. Il ne faudrait pas

²⁷⁷ Art. 587.1 al. 1 C.c.Q. et art. 3 *Lignes directrices fédérales*.

²⁷⁸ Que l'on songe, au Québec, à la prise en considération des actifs du parent non-gardien (art. 587.2 *in fine* C.c.Q.) et à la prise en considération du revenu disponible des parents supérieurs à 200 000 \$ en ajoutant un pourcentage correspondant (art. 10 *Règlement*) et, au fédéral, la portion de revenu du parent payeur supérieure à 150 000 \$ (art. 4 *Lignes directrices fédérales*). Toutes ces dispositions donnent ouverture à l'exercice d'une grande discrétion judiciaire de la part des tribunaux.

²⁷⁹ *Baker c. Francis*, *supra* note 210.

²⁸⁰ D. GOUBAU, *supra* note 231 aux pp. 67-68.

permettre de tenir compte, à cette étape, des circonstances subjectives reliées à la situation familiale des parents, de leur santé financière ou de leurs choix en matière d'éducation.

Ainsi, une approche mitoyenne pourrait être retenue. Tout en étant moins subjective, cette méthode se révélerait moins restrictive que l'approche dite objective, reliée à la nature de l'activité. Cette interprétation mitoyenne tiendrait compte, d'une part, des besoins propres à l'enfant concerné et, d'autre part, elle prendrait forcément en considération le fait qu'une dépense puisse être qualifiée d'extraordinaire pour une famille à faibles revenus, mais d'ordinaire pour une famille à revenus élevés. C'est en fait le point fort de l'analyse du juge BATEMAN dans *Raftus*, mais celle-ci l'appliquait dans le contexte de la situation financière des parents. Cet exercice pourrait cependant s'accomplir en utilisant comme référence non pas le revenu des parents, mais bien *les dépenses normales de parents de même niveau socio-économique*²⁸¹. Ce point de référence aurait pour effet d'objectiver le test subjectif proposé, puisque la comparaison s'effectuerait non pas à partir d'une situation familiale donnée, mais d'un schéma de dépenses établi pour tous les parents se situant dans le même niveau socio-économique. Actuellement, ce test est difficile à réaliser puisqu'il est impossible de savoir quels sont les frais normaux inclus dans les tables selon un niveau de revenu précis.

Récemment, la Cour d'appel du Québec a rendu une décision très intéressante où elle utilise les données compilées par Statistique Canada sur les "dépenses moyennes des ménages", lesquelles prévoient qu'environ 5 % du budget d'une famille est consacré aux loisirs²⁸². L'utilisation de ces statistiques permet d'obtenir une donnée objective sur le montant de loisirs compris dans les barèmes pour ce niveau socio-économique. À partir de cette donnée objective, il est alors possible de déterminer si la dépense peut être qualifiée de particulière ou d'extraordinaire selon le niveau de revenu, et de ne pas l'ajouter si elle est partie

²⁸¹ *Ibid.*, où D. GOUBAU mentionne également que cette solution est préconisée dans le rapport suivant : COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES AFFAIRES SOCIALES, DES SCIENCES ET DE LA TECHNOLOGIE, *Les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants - Rapport intérimaire*, Ottawa, juin 1998, à la p. 9. Certaines décisions semblent déjà adopter ce test : *Miller c. McClement* (1997), 35 R.F.L. (4th) 83 (Sask. Q.B.); *Carnall c. Carnall*, *supra* note 241 et *Nataros c. Nataros*, *supra* note 251 à la p. 315. Voir également J.G. MCLEOD, "Annotation", *Bially c. Bially* (1997), 28 R.F.L. (4th) 418 à la p. 421.

²⁸² *Droit de la famille-3228*, [1999] R.J.Q. 1356 à la p. 1358 (C.A.). Le COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS reconnaît que cette décision vient préciser et baliser la notion de frais particuliers et se montre en accord avec cette interprétation, *supra* note 1 à la p. 114.

intégrante de la table à ce niveau socio-économique. Si la dépense est extraordinaire ou particulière, elle devra au surplus franchir la seconde étape du caractère *raisonnable* eu égard aux ressources des parents, et de la *nécessité* par rapport à l'intérêt de l'enfant ou à sa situation particulière. Cette décision de la Cour d'appel du Québec est particulièrement intéressante en ce qu'elle utilise en quelque sorte, à titre de connaissance judiciaire, une étude statistique pour baliser la discrétion du tribunal, comme C. L'HEUREUX-DUBÉ l'avait suggéré dans l'affaire *Willick* en guise de solution aux difficultés, pour les tribunaux, de bien évaluer les coûts relatifs à l'enfant dans le système de fixation antérieur²⁸³.

Le nouveau test, utilisant le critère de la dépense comparée au niveau socio-économique, nous apparaît être la méthode la plus respectueuse de l'esprit de la réforme, même s'il est difficile d'application compte tenu de l'absence d'indication dans la loi quant à ce qui est déjà couvert par les barèmes. Les tribunaux pourront faire preuve d'imagination à cet égard à l'instar de la Cour d'appel du Québec²⁸⁴. De plus, ce test permet d'éviter que les magistrats, en présence de revenus très élevés, aient le réflexe inapproprié d'accorder de plus gros montants à titre de frais extraordinaires simplement parce que les parents ont des revenus impressionnants. À ce niveau de revenu, il s'agit d'ailleurs probablement de frais déjà inclus dans la table²⁸⁵. Plus le niveau de revenu augmente, plus les tables sont susceptibles d'intégrer davantage que les dépenses de base. Ce phénomène s'explique en raison des modèles économiques sous-jacents aux tables qui présument que le parent dépense une certaine proportion de son revenu pour l'enfant. Les études à l'origine de l'établissement des barèmes, rappelons-le, sont basées sur ce que dépensent les parents pour leurs enfants selon un niveau de revenu donné. Plus le revenu augmente, plus les parents peuvent se permettre de dépenser pour autre chose que les besoins de base. Il est donc essentiel que les juges saisissent que l'ajout de dépenses extraordinaires ou de frais particuliers devrait donner de moins en moins ouverture à l'exercice de la discrétion judiciaire au fur et à mesure que les

²⁸³ Voir chapitre 1, *supra* section 2.3.2 à la p. 42

²⁸⁴ *Droit de la famille-3228*, *supra* note 282.

²⁸⁵ À titre d'exemple, voir : *Droit de la famille-2962*, *supra* note 246; *Davidson c. Davidson* (1998), 42 R.F.L. (4th) 154 (Alta. Q.B.); *Fibigier c. Fibigier* (1997), 38 R.F.L. (4th) 258 (B.C. S.C.); *Greenwood c. Greenwood* (1998), 37 R.F.L. (4th) 422 (B.C. S.C.).

revenus des parties augmentent. Dans ces cas, s'il y a lieu, d'autres portes de sortie devraient être envisagées, comme la prise en compte des actifs par exemple.

La définition de frais particuliers a également fait l'objet d'un examen par le Comité de suivi du modèle québécois qui mentionne que cette notion, selon les sondages effectués auprès des avocats et des médiateurs, serait l'élément le plus problématique du modèle. Les statistiques compilées par le Comité de suivi démontrent que les frais particuliers donnent lieu au taux de contestation le plus élevé de l'échantillon : de 16 % des dossiers contestés, 26 % touchent les frais particuliers. Malgré cela, le Comité de suivi ne recommande pas d'intervenir, puisque les interprétations de la jurisprudence et de la doctrine actuelles, telles que nous les avons décrites ci-dessus, sont en voie de préciser la notion et de fournir un cadre plus clair d'application. Le Comité recommande donc de maintenir le libellé actuel de la définition et de surveiller les développements jurisprudentiels sur le sujet²⁸⁶.

Maintenant que les tribunaux auront déterminé, en fonction du test que nous venons de décrire, qu'une dépense est extraordinaire ou que des frais sont particuliers, ils devront également vérifier si, en fonction de la deuxième étape prévue à l'article 7 des *Lignes directrices fédérales* et à l'article 9 du *Règlement*, il est possible d'ajouter cette dépense ou ces frais à la contribution alimentaire de base.

1.2. LE CRITÈRE DE RÉFÉRENCE JUSTIFIANT L'AJOUT DE DÉPENSES EXTRAORDINAIRES OU DE FRAIS PARTICULIERS

Le critère législatif de cette deuxième phase de l'attribution des frais supplémentaires n'est pas sans rappeler le test *besoins-moyens* du système de fixation des pensions alimentaires pour enfants, entièrement discrétionnaire et antérieur au 1^{er} mai 1997. Le tribunal, en présence d'un besoin particulier de l'enfant ou d'une dépense extraordinaire, doit maintenant décider si un montant peut être ajouté de façon à majorer la contribution alimentaire de base. Au Québec, le *Règlement* prévoit une double limite à l'admissibilité des frais particuliers²⁸⁷.

²⁸⁶ COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 aux pp. 108 à 118 (recommandations 30-31).

²⁸⁷ *Droit de la famille-3228*, *supra* note 282.

Ils doivent être *raisonnables* eu égard aux besoins et facultés des parents²⁸⁸ et “liés aux besoins que dicte, à l’égard de l’enfant, la situation particulière dans laquelle il se trouve”²⁸⁹.

Les *Lignes directrices fédérales* prévoient également le caractère *raisonnable* par rapport aux ressources des époux, mais les juges doivent de plus tenir compte des habitudes de dépenses de la famille avant la séparation²⁹⁰. La dépense doit aussi être *nécessaire* par rapport à l’intérêt de l’enfant²⁹¹. Cette deuxième limitation peut se comparer à l’exigence, au Québec, de la situation particulière dans laquelle se trouve l’enfant. Au fédéral, ces critères sont valides pour les autres catégories de dépenses (de l’article 7) qui n’ont pas à être qualifiées d’extraordinaires.

En somme, la discrétion judiciaire doit s’exercer ici subjectivement en tenant compte de la situation familiale particulière, mais dans le respect des balises et des grands principes établis par les formules jurisprudentielles (affaires *Paras*, *Levesque* et *Willick*, par exemple) qui sont toujours d’actualité²⁹².

C’est donc ici que les tribunaux pourront prendre en considération la capacité de payer des parties et analyser les conséquences financières de la séparation, tout en s’assurant du respect de l’intérêt de l’enfant dont les besoins demeurent prioritaires. C’est également à cette étape que les tribunaux pourront évaluer les moyens des parties en fonction du coût de l’activité, critère n’ayant pas été retenu comme pertinent aux fins d’établir si la dépense est extraordinaire ou non. Dans les dossiers où les moyens des parties sont très élevés, le test du caractère raisonnable ne posera donc aucun problème. La difficulté consiste surtout à

²⁸⁸ Art. 587.1 al. 2 C.c.Q. Cette limitation s’applique également à tous les frais relatifs à l’enfant, voir le chapitre II, *supra* section 2.3 à la p. 67.

²⁸⁹ Art. 9 *Règlement*. Cette limitation s’adresse uniquement aux frais particuliers, voir le chapitre II, *supra* section 2.3 à la p. 68.

²⁹⁰ Art. 7 (1) *Lignes directrices fédérales*. Ce qui n’est pas sans rappeler l’analyse que proposait la Cour d’appel de l’Alberta dans l’affaire *Levesque*, chapitre I, *supra* section 2.2.2.1 à la p. 28 où la Cour disposait que le premier bon test à appliquer pour vérifier le respect de la règle jurisprudentielle du maintien du niveau de vie consiste à évaluer si le niveau de vie antérieur de l’enfant, alors que la famille est unie, correspond aux choix des parents de ce qui convient pour leur enfant.

²⁹¹ Art. 7 (1) *Lignes directrices fédérales*.

²⁹² *Droit de la famille-3000*, *supra* note 262.

déterminer si la dépense était déjà incluse dans les tables ou non, compte tenu de ce niveau de revenu²⁹³.

Le caractère raisonnable, tant au Québec qu'au fédéral, constitue un retour à l'approche traditionnelle liée à l'habileté de payer et pour laquelle les tables n'offrent pas de présomption²⁹⁴. Les notions de moyens des parties et de leurs facultés englobent davantage que les concepts de revenus et de capacité de générer un revenu²⁹⁵. De la même façon, la notion de ressources des parties avait été interprétée largement par les tribunaux selon l'ancien système de fixation²⁹⁶. Dans cette optique, par exemple, un tribunal de l'Ontario a refusé d'ajouter des dépenses spéciales ou extraordinaires à la contribution alimentaire de base pour quatre enfants afin de permettre à la mère créancière de la pension alimentaire (et n'ayant pas la garde des enfants) d'acheter une maison pour les recevoir convenablement et les encourager à la visiter (elle demeurait dans un logement de deux pièces)²⁹⁷. La mère n'avait pas les moyens d'assumer cet achat autrement et, dans ce cas-ci, le juge estimait que le maintien d'une relation de qualité entre la mère et les enfants rencontrait davantage leur intérêt que l'ajout de dépenses spéciales. Au Québec, dans un même ordre d'idées, des frais particuliers furent refusés principalement parce que le juge considérait que la pratique du sport ou de l'activité concernée minait la relation de l'enfant avec son parent²⁹⁸.

Les tribunaux, en analysant les habitudes de dépenses antérieures à la séparation, semblent également sensibles au fait que le parent gardien ne doit pas profiter des dispositions concernant les dépenses spéciales ou extraordinaires pour constituer une liste de dépenses dans le but d'obtenir un montant plus élevé²⁹⁹. Le parent ne jouit pas d'une "licence" pour enrôler l'enfant dans toutes sortes d'activités ou pour engager des frais d'école privée sans en avoir discuté avec l'autre parent au préalable. Ainsi, certains juges refusent d'accorder ces

²⁹³ *Supra* note 282 et le texte correspondant.

²⁹⁴ *Raftus*, *supra* note 239 à la p. 71.

²⁹⁵ *Cornelius c. Andres* (1998), 36 R.F.L. (4th) 436 (Man. Q.B.). Appel accordé sur une autre question en (1999) à 170 D.L.R. (4th) 254 (Man. C.A.). Voir aussi nos commentaires au chapitre II, *supra* section 2.2.1. à la p. 61.

²⁹⁶ Voir chapitre I, *supra* section 2.2.1 à la p. 24.

²⁹⁷ *Burggraaf c. Burggraaf* (1998), 40 R.F.L. (4th) 26 (Ont. Gen. Div.).

²⁹⁸ *Droit de la famille-3155*, [1998] R.D.F. 738 (C.S.); *Droit de la famille-3210*, *supra* note 239.

²⁹⁹ *Thomson c. Howard* (1997), 33 R.F.L. (4th) 45 (Ont. Gen. Div.).

dépenses si le parent gardien a pris la décision unilatéralement³⁰⁰. Compte tenu de ce qui précède, beaucoup de juges au Québec tiennent compte du niveau de vie antérieur de l'enfant comme critère dans l'attribution de frais particuliers³⁰¹, même si le *Règlement* ne l'a pas prévu expressément. Avant la réforme, les tribunaux évaluaient régulièrement les habitudes familiales précédant la séparation pour établir le coût relatif à l'enfant, en préservant, dans la mesure du possible, son niveau de vie antérieur. Cette approche est également conforme aux formules jurisprudentielles consacrées par les arrêts *Paras*, *Levesque* et *Willick*³⁰².

Enfin, le critère de nécessité de l'activité par rapport à l'intérêt de l'enfant ou l'analyse de la situation particulière dans laquelle il se trouve peut donner lieu à de nombreuses décisions basées sur des motifs différents. Ainsi, les tribunaux tiendront compte notamment d'un talent spécial de l'enfant³⁰³ ou d'un besoin particulier en raison de problèmes d'apprentissage ou de troubles de comportement³⁰⁴. Selon J.G. MCLEOD, il s'agirait du critère le plus difficile à analyser puisque, pour accorder la dépense extraordinaire, le juge doit se demander ce qui justifie, du point de vue de l'enfant, qu'un parent paie pour une dépense que les autres d'un même niveau socio-économique n'engagent pas³⁰⁵.

La deuxième étape de l'attribution des dépenses extraordinaires et des frais particuliers peut donc donner ouverture, à elle seule, à l'exercice d'une importante discrétion judiciaire afin de prendre en considération les critères subjectifs relatifs aux moyens des parents et aux besoins

³⁰⁰ *Droit de la famille-2826*, [1997] R.D.F. 823 (C.S.); *Blain-Hughes c. Blain* (1998), 39 R.F.L. (4th) 327 (Ont. Gen. Div.) où J.G. MCLEOD, "Annotation", *Blain-Hughes c. Blain* (1998), 39 R.F.L. (4th) 328 dénonce le fait que le juge ne se soit pas limité aux critères prévus aux *Lignes directrices fédérales* et refuse des frais, pourtant dans l'intérêt de l'enfant.

³⁰¹ *Droit de la famille-3366 supra note 274*; *Droit de la famille-2962, supra note 246*; *Droit de la famille-3000, supra note 262*.

³⁰² Chapitre I, *supra* respectivement section 2.1. à la p. 20, section 2.2.2.1 à la p.28 et section 2.3 à la p. 35.

³⁰³ *Droit de la famille-3084*, [1998] R.D.F. 627 (C.S.) et *Droit de la famille-3155, supra note 298* où le juge a refusé d'accorder les frais en l'absence de cette preuve.

³⁰⁴ *Droit de la famille-3228, supra note 282*; *Droit de la famille-3142*, [1998] R.J.Q. 3054 (C.S.); *Droit de la famille-2889, supra note 248*, *Droit de la famille-2900, supra note 264* à la p.136 (C.S.) où le juge mentionne que la fréquentation de l'école privée pour l'enfant n'est pas un luxe mais une nécessité en raison de ses problèmes particuliers. Voir aussi *Droit de la famille-3572* (7 mars 2000), Québec 200-12-051784-941, J.E. 2000-758 (C.S.).

³⁰⁵ Annotation de l'affaire *Andries, supra note 260*, à la p. 178.

des enfants. Il faut donc retenir qu'à ce titre, la jurisprudence élaborée avant l'entrée en vigueur des barèmes peut être d'un grand secours.

2. LE SYSTÈME D'ALARME DES BARÈMES PRÉSOMPTIFS : LES DIFFICULTÉS EXCESSIVES

De tous les mécanismes donnant ouverture à l'exercice de la discrétion judiciaire, l'ajustement de la pension alimentaire pour l'enfant mineur, lorsque celle-ci entraîne des difficultés excessives pour l'une ou l'autre des parties, constitue l'une des rares portes de sortie du système présomptif permettant de *réduire* globalement le montant obtenu. Bien sûr, la prise en considération des modalités de garde, qui au Québec fait partie intégrante du système de fixation de la pension, peut entraîner une diminution du montant obtenu selon les tables. Cette dernière origine de l'application du *Règlement* et des calculs qui y sont prévus législativement³⁰⁶, alors qu'au fédéral, la discrétion judiciaire peut intervenir à partir d'un droit d'accès de 40 %.

Les autres mécanismes de dérogation aux montants des barèmes visent pour la plupart à augmenter le montant obtenu : songeons aux dépenses spéciales ou extraordinaires et aux frais relatifs à l'enfant (incluant les frais particuliers), à la prise en compte des actifs du débiteur alimentaire (les actifs du créancier ou de l'enfant pourraient éventuellement permettre une diminution) ou à l'ajustement prévu lorsque les parents ont des revenus supérieurs à 200 000 \$ au Québec, et 150 000 \$ au fédéral. Au surplus, la réforme mise en place par les différents paliers de gouvernement avait justement pour but d'augmenter les pensions alimentaires fixées pour les enfants mineurs et de s'assurer que les montants obtenus en application des barèmes répondent adéquatement à leurs besoins. Dans cette perspective, un mécanisme permettant de diminuer un montant de pension alimentaire obtenu conformément à une loi qui est *présumée* répondre aux besoins des enfants doit être utilisé avec parcimonie. La discrétion judiciaire, en vertu de l'article 10 des *Lignes directrices fédérales* et de l'article 587.2

³⁰⁶ De même, les art. 8 et 9 des *Lignes directrices fédérales* prévoient un mécanisme de compensation entre les montants obtenus en vertu des tables pour chacun des époux lorsqu'ils exercent la garde partagée ou lorsque chacun a, par exemple, la garde exclusive d'au moins un enfant. Le juge peut également tenir compte des coûts plus élevés associés à ce type d'arrangements en matière de garde.

du *Règlement*, ne devrait donc s'exercer que si le juge est d'avis que le montant fixé conformément aux tables entraîne une contrainte excessive pour l'une ou l'autre des parties, une contrainte telle que ce montant irait à l'encontre des objectifs mêmes de la réforme.

Nous avons vu au chapitre II que le législateur n'a pas choisi d'utiliser une liste limitative des situations pouvant donner ouverture à une hausse ou à une baisse de la pension en raison de difficultés excessives. Voici les exemples donnés à l'article 587.2, alinéa 2 du *Code civil du Québec* :

[...] [C]es difficultés peuvent résulter, entre autres, de frais liés à l'exercice de droits de visite à l'égard de l'enfant, d'obligations alimentaires assumées à l'endroit d'autres personnes que l'enfant ou, encore, de dettes raisonnablement contractées pour les besoins familiaux. [sic]

Quant aux *Lignes directrices fédérales*, l'article 10 nous donne les exemples suivants :

(2) *Des difficultés excessives peuvent résulter, notamment :*

- a) *des dettes anormalement élevées qui sont raisonnablement contractées par un époux pour soutenir les époux et les enfants avant la séparation ou pour gagner un revenu;*
- b) *des frais anormalement élevés liés à l'exercice par un époux du droit d'accès auprès des enfants;*
- c) *des obligations légales d'un époux découlant d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente de séparation écrite pour le soutien alimentaire de toute personne;*
- d) *des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire d'un enfant, autre qu'un enfant à charge, qui :*
 - i) *n'est pas majeur,*
 - ii) *est majeur, sans pouvoir, pour cause notamment de maladie ou d'invalidité, subvenir à ses propres besoins;*
- e) *des obligations légales d'un époux pour le soutien alimentaire de toute personne qui ne peut subvenir à ses propres besoins pour cause de maladie ou d'invalidité.*

Déjà, nous constatons l'existence d'un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus étendu qu'au chapitre des dépenses supplémentaires où le législateur avait limité les ajouts possibles à la contribution alimentaire de base. Il s'agit d'un argument supplémentaire militant en faveur d'une interprétation restrictive de la notion de difficultés excessives, afin d'éviter de mettre en péril l'équilibre du système par un exercice débridé de la discrétion judiciaire. Une interprétation large des motifs pouvant donner ouverture à ce mécanisme provoquerait un

retour à un système de fixation de la pension alimentaire basé sur les besoins et les moyens des parties et fonctionnant au cas par cas.

Comment définir alors ce qui peut constituer une difficulté et lui conférer ensuite un caractère excessif ? Quels sont les critères qu'ont développés les tribunaux pour encadrer l'exercice de leur discrétion ? Cette analyse doit s'effectuer en deux étapes³⁰⁷. Premièrement, il convient d'établir si le motif invoqué représente une difficulté pour la partie qui en fait la demande. Deuxièmement, il importe de décider si la pension alimentaire doit être ajustée à la hausse ou à la baisse en raison de ce motif. Pour des fins d'ordre pratique, nous traiterons d'abord de la seconde interrogation, relative au critère permettant de modifier le montant obtenu en application des barèmes.

2.1. LE CARACTÈRE EXCESSIF DE LA DIFFICULTÉ

La deuxième étape de l'analyse des difficultés excessives consiste, dans un premier temps, à décider si un ajustement doit être fait en raison du caractère *excessif* du motif invoqué; ensuite, il faut vérifier comment cette modification doit se traduire sur le montant de la pension alimentaire, après la comparaison des niveaux de vie des parties, du moins dans les *Lignes directrices fédérales*. Aucune indication n'est donnée dans les barèmes quant à la façon de calculer le *quantum* de la pension alimentaire ajustée qui devrait être versée, cet aspect relevant de l'entière discrétion du tribunal face à la situation des parties. Par contre, au fédéral, le mécanisme de comparaison des niveaux de vie constitue un puissant frein lorsque les difficultés sont invoquées à la baisse, comme le soulignait D. GOUBAU :

L'étape de la comparaison des niveaux de vie constitue un obstacle absolu à l'égard de la partie dont le nouveau ménage est économiquement plus favorisé. Comme il s'agit en général du débiteur, cela signifie que dans le système fédéral, les difficultés ne pourront que rarement aboutir à une diminution de la pension alimentaire³⁰⁸.

³⁰⁷ Voir à titre d'exemple : *Droit de la famille-2943*, [1998] R.D.F. 204 à la p. 206 (C.S.) et *Jackson c. Holloway* (1997), 35 R.F.L. (4th) 272 à la p. 277 (Sask. Q.B.).

³⁰⁸ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p.69.

Les tribunaux ont déjà décidé que la preuve d'un certain seuil de difficulté doit être apportée pour qu'elle soit qualifiée d'excessive. C'est d'ailleurs dans ce contexte bien précis que la pension alimentaire de base est parfois comparée à un plancher. Ainsi, ce seuil sert de balise pour mettre en relief l'exigence du caractère excessif des difficultés invoquées et permettre de comparer le montant réduit avec le seuil prévu par le législateur³⁰⁹. C'est ce que soulignait à juste titre la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Van Gool c. Van Gool*³¹⁰ en précisant qu'il n'est pas suffisant d'invoquer une difficulté; encore faut-il qu'elle puisse être qualifiée d'excessive. Le seuil de ce qui est "excessif" doit être élevé. La Cour d'appel adopte ainsi une interprétation restrictive en renforçant le caractère excessif de la difficulté invoquée par les qualificatifs "exceptional", "excessive" ou "disproportionate"³¹¹. Au Québec, les tribunaux ont également tendance à reconnaître le caractère exceptionnel de cette mesure en imposant à celui qui l'invoque la preuve de son caractère excessif. Dans l'arrêt *Droit de la famille-2943*³¹², le juge utilise la définition du dictionnaire *Petit Robert* pour expliquer que le qualificatif excessif fait référence à ce "qui dépasse la mesure souhaitable et permise; qui est trop grand, trop important"³¹³.

L'intégrité du régime repose en partie sur la preuve de ce seuil qui confère à une situation donnée un caractère excessif. Il s'agit d'une question de fait relevant purement de l'appréciation du tribunal et laissant beaucoup de place à la discrétion judiciaire. Néanmoins, nous proposons plutôt de concentrer notre analyse sur les motifs pouvant être invoqués par les parties au titre de difficultés excessives, puisque la liste proposée par le législateur n'est pas limitative. Les étapes subséquentes nécessaires à l'application de cette porte de sortie,

³⁰⁹ *Nishnik c. Smith* (1998), 39 R.F.L. (4th) 105 (Sask, Q.B.) où M. le juge CARTER s'appuie sur D.A.R. THOMPSON, *supra* note 224 à la p. H-1 pour exprimer ce qui suit à la p. 108 :

"A party thus bears the burden of proving a departure from those tables up or down. The intention is that the table amounts be a 'floor' and thus a parent seeking 'add-ons' under s. 7 will have an easier time. By contrast, 'undue hardship' is expected to place a more demanding burden upon the claimant at least where it is being used as a 'defence' to reduce support payments".

³¹⁰ *Supra* note 227 à la p. 328.

³¹¹ *Ibid.* à la p. 329; *V.(J.A.) c. V. (M.C.)*, *supra* note 227. Voir également *Adams c. Loov* (1998), 40 R.F.L. (4th) 222 à la p. 223 (Alta. Q.B.). "[h]owever, to constitute undue hardship, circumstances must be as serious, exceptional or excessive as those therein listed". Voir aussi *Crawley c. Tobin*, (1998), 42 R.F.L. (4th) 327 à la p. 332 (Nfld. Unif. Fam. Ct.) : "[s]ynonyms for undue include : excessive, extreme, improper, unreasonable, unjustified. It is more than awkward or inconvenient"[notes omises].

³¹² *Supra* note 307.

³¹³ *Ibid.* à la p. 206.

soit l'évaluation du caractère excessif de la difficulté et la méthode employée pour ajuster le montant de pension alimentaire, ne feront pas l'objet de notre propos en dehors des commentaires déjà exprimés et qui s'avéraient utiles pour la compréhension du mécanisme des difficultés excessives. En fait, même si la discrétion judiciaire s'exerce à tous ces niveaux, nous soutenons que le principal défi des tribunaux se situe dans la détermination du motif pouvant donner ouverture à la notion de difficulté excessive.

2.2. LES MOTIFS DE DIFFICULTÉS EXCESSIVES

D. GOUBAU propose de limiter les motifs de difficultés excessives aux seuls scénarios prévus par les dispositions législatives ou situations pouvant y être assimilées³¹⁴. Plus précisément, il fait une mise en garde contre l'utilisation de la notion de difficultés excessives à l'aide des variables inhérentes aux tables de fixation comme le revenu des parents, le temps de présence de l'enfant et le nombre d'enfants. J.G. MCLEOD, quant à lui, soutient que seuls des facteurs d'ordre financier sont susceptibles de respecter l'intention du législateur à l'article 10 des *Lignes directrices fédérales*³¹⁵. Nous examinerons donc quatre motifs de difficultés excessives fréquemment soulevés devant les tribunaux et qui ressortent des décisions récentes analysées. Au regard de ceux-ci, nous tenterons de vérifier s'ils peuvent être assimilés aux situations que le législateur énonce au titre de difficultés excessives, sans mettre en péril l'équilibre de la réforme. Trois motifs analysés ne sont pas spécifiquement énumérés par le législateur. Il s'agit de la disparité dans les revenus du débiteur et du créancier alimentaire, de l'impact des conventions conclues avant l'entrée en vigueur des barèmes (qui vise indirectement la prise en compte du niveau de vie antérieur de l'enfant) ainsi que du non-exercice du droit de visite et de sortie. La problématique des familles reconstituées sera brièvement examinée en dernier lieu en raison de son intérêt d'actualité évident, ce motif étant explicitement prévu dans le cadre des *Lignes directrices fédérales* et du *Règlement*.

³¹⁴ *Supra* note 231 à la p.71.

³¹⁵ J.G. MCLEOD, "Annotation", *Pohlod c. Bielajew* (1998), 38 R.F.L. (4th) 35 à la p. 37 (Ont. Gen. Div.).

2.2.1. LA DISPARITÉ DANS LES REVENUS

Accepter qu'une difficulté excessive tire son origine d'un facteur lié à l'application des barèmes serait admettre que les tables fonctionnant avec ces variables sont incorrectes, ne devraient pas toujours s'appliquer et, par conséquent, que le système ne fonctionne pas³¹⁶. Affirmer que l'application des tables conduit à des injustices et qu'il appartient au tribunal de corriger ces iniquités³¹⁷ s'avère dangereux, en plus d'être erroné dans la mesure où il appartient au pouvoir législatif de modifier les tables si celles-ci se révèlent inefficaces. Le juge peut exercer sa discrétion dans la seule mesure prévue par la loi et ne peut se substituer à celle-ci. Ce principe est d'ailleurs semblable à celui auquel nous avons fait référence au regard des frais supplémentaires, lorsqu'en étudiant les divers tests utilisés pour qualifier une dépense de *particulière* ou *d'extraordinaire*, nous avons conclu que le revenu, comme variable inhérente à la fixation de la pension alimentaire, ne pouvait constituer le critère approprié pour déterminer qu'une dépense répond à l'un des deux qualificatifs précités. Le danger repose sur la subjectivité que l'on attribue à ces variables, utilisées paradoxalement dans les barèmes afin de rendre plus objective la fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur. Ainsi, il ne suffit pas d'invoquer que les parents disposent de revenus élevés pour justifier l'octroi de dépenses supplémentaires. De même, le fait que l'un ou l'autre des parents ait un faible niveau de revenu n'entraîne pas pour lui des difficultés excessives. C'est ainsi que l'élément "revenu" ne saurait être suffisant pour entraîner des difficultés excessives puisque "cela reviendrait ni plus ni moins à laisser au tribunal la possibilité de s'écarter des barèmes lorsqu'il estime que la situation financière le justifie"³¹⁸. Au Québec, cette approche est confirmée par la Cour d'appel dans l'affaire *Droit de la famille-2569*³¹⁹ qui dispose que considérer la disparité dans les revenus des parties au chapitre des difficultés excessives

³¹⁶ *Ibid.*; *contra*, voir la décision du juge P.J. DALPHOND dans *Droit de la famille-3359*, [1999] R.D.F. 508 (C.S.) où il accepte de considérer comme difficultés excessives une application stricte des tables dans un contexte de modification d'une entente antérieure, (voir *infra* note 336 et le texte correspondant) ce qui est tout à fait contraire, à notre avis, à l'intention du législateur. Voir aussi *Droit de la famille-2713*, [1998] R.D.F.29 à la p. 40 (C.S.) où l'application des tables entraîne des difficultés excessives puisque selon le juge elles ne tiendraient pas compte du niveau de vie auquel les enfants sont habitués ni des dépenses résultant de la garde partagée.

³¹⁷ *Contra* : *Droit de la famille-2852*, [1998] R.D.F. 92 à la p. 95 (C.S.) où le juge affirme que c'est précisément son rôle.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Supra* note 62.

reviendrait à nier les fondements des nouvelles règles québécoises de fixation, justement construites de façon à tenir compte du revenu de chacune des parties³²⁰.

Dans le cadre de l'application de la formule *Paras*, visant à répartir l'obligation financière des parents proportionnellement à leurs revenus, nous avons vu que les tribunaux du Québec accordaient une réserve de subsistance à l'un des parents en présence d'une disparité dans leurs revenus respectifs ou dérogeaient à l'application stricte de la répartition de la pension alimentaire au *pro rata* de leurs ressources³²¹. Cette application améliorée et non purement mathématique de la formule *Paras* ne pourrait donc survivre dans le contexte des barèmes de façon à autoriser l'exercice de la discrétion judiciaire en raison de difficultés excessives, et ce, pour les raisons mentionnées ci-dessus. En effet le *Règlement*, au Québec, accorde déjà aux parties une réserve de subsistance; au surplus, la Cour d'appel du Québec a confirmé que la disparité dans les revenus ne pouvait conduire à une dérogation aux tables au motif de difficultés excessives. Par ailleurs, la Cour d'appel du Québec reconnaît que l'écart entre les moyens financiers des parties peut être pris en considération à l'article 587.2 C.c.Q. sans référer à la notion de difficultés excessives, et ce, en utilisant la porte de sortie distincte que représente la valeur des actifs d'un parent³²².

Dans les *Lignes directrices fédérales*, le même raisonnement s'applique dans la mesure où l'article 10(3) prévoit que des difficultés excessives ne peuvent être invoquées par le parent dont le niveau de vie est le plus élevé. Or, il ne suffit pas d'invoquer un niveau de vie inférieur pour faire la preuve de difficultés excessives; encore faut-il démontrer un motif de difficultés³²³. La rupture de la famille est déjà susceptible de constituer un degré de difficulté qui n'est pourtant pas, à lui seul, un motif permettant de déroger aux tables de fixation³²⁴. De même, la simple allégation que le parent n'est pas en mesure de payer le

³²⁰ *Ibid.*, à la p. 2260, juge ROUSSEAU-HOULE.

³²¹ Chapitre I, *supra* notes 57 à 62 et le texte correspondant.

³²² *Droit de la famille-2569*, *supra* note 62 aux pp. 2259 et 2260 et D. GOUBAU, "Décision récente" dans *Droit de la famille québécois - bulletin*, Farnham (Qué.), Publications CCH, octobre 1998, 4.

³²³ *Jackson c. Holloway*, *supra* note 307; *O'Hara c. O'Hara* (1997), 33 R.F.L. (4th) 37 (Sask. Q.B.); *Petrocco c. Von Michalofski* (1997), 36 R.F.L. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.) confirmé en appel à 43 R.F.L. (4th) 372 (Ont. Div. Ct.); *Van Gool c. Van Gool*, *supra* note 227 à la p. 329.

³²⁴ *Jackson c. Holloway*, *supra* note 307.

montant établi par les tables est insuffisante pour conclure qu'il en résulte des difficultés excessives³²⁵. À cet égard, D.A.R. THOMPSON soutient que le législateur a délibérément fait, en adoptant les *Lignes directrices fédérales*, un choix de politique visant à abandonner le modèle *Paras* de la répartition proportionnelle de l'obligation en proportion des revenus des parties³²⁶. La meilleure démonstration de ce fait réside dans le choix d'une formule fondée sur un modèle de partage des revenus, soit la formule révisée du pourcentage fixe, pour constituer des tables de fixation ne prenant en considération que le revenu du payeur. THOMPSON cite à l'appui deux experts américains³²⁷ qui se sont prononcés en faveur de cette formule en raison de ses nombreux avantages :

- (i) le modèle glisse du traditionnel «partage de coûts» au «partage des revenus», ce dernier étant basé sur «le principe selon lequel mettre un enfant au monde, c'est accepter une obligation de partager son revenu avec l'enfant»;
- (ii) dans le cas des parents séparés, comme au sein d'une famille intacte, l'enfant devrait partager les avantages des revenus des deux parents, si les deux parents travaillent à l'extérieur du foyer;
- (iii) le modèle suppose que les parents ayant la garde «partagent leurs revenus avec les enfants avec lesquels ils habitent» et «ont la charge d'une multitude de frais associés à l'état de parent unique»;
- (iv) «Le principe [du partage du revenu] suggère qu'il n'y a rien d'inéquitable du fait que les parents n'ayant pas la garde paient une part constante de leur revenu, quel que soit le revenu du parent ayant la garde, ce qui permet à l'enfant de profiter de deux parents qui gagnent des revenus.» [sic] [notes omises]³²⁸.

Le Québec a également adopté une formule basée sur le concept de partage des revenus des parties dans le modèle économique qu'il a choisi. Cette province a cependant opté pour une formule qui prend directement en considération le revenu du parent gardien lors du calcul plutôt que d'utiliser le modèle de pourcentage du revenu, basé sur un seul revenu lors de la fixation de la pension alimentaire³²⁹.

³²⁵ Jackson c. Holloway, *ibid.*; contra voir : MacLeod c. Druhan (1997), 34 R.F.L. (4th) 206 (N.S. Fam. Ct.).

³²⁶ D.A.R. THOMPSON, *supra* note 224 à la p. H-19.

³²⁷ *Ibid.* qui cite I. GARFINKEL et S. MELLI, *supra* note 171.

³²⁸ D.A.R. THOMPSON, *supra* note 224 à la p. H-19.

³²⁹ Voir le chapitre II, *supra* notes 167 à 169 et le texte correspondant.

Nous nous permettons donc d'insister une fois de plus sur ce qui nous apparaît être essentiel au maintien de l'intégrité de la réforme : les formules de fixation étant conçues selon un concept de partage du revenu par opposition à un concept de partage de coûts de l'enfant, les tables ne devraient en aucun cas être écartées au motif que le résultat obtenu est inéquitable par rapport aux revenus des parties ou en raison de la disparité de ceux-ci. Les barèmes ont justement pour but d'utiliser différents niveaux de revenus de façon à leur attribuer une part correspondant au coût de l'enfant pour cette catégorie de revenus. Prétendre que le montant est incorrect équivaut à affirmer que les tables sont déficientes; utiliser la disparité dans les revenus revient à dire que le concept à l'origine des formules est inapplicable ou erroné. Agir ainsi remet en cause la réforme et les hypothèses sur lesquelles elle repose pour favoriser la fixation de la pension alimentaire en fonction du coût de l'enfant (ses besoins) et des revenus des parties (leurs moyens), comme dans le système entièrement discrétionnaire. Par conséquent, certains résultats apparaissant inéquitables ne justifient pas la remise en cause de la formule et du choix du législateur d'abroger la méthode *Paras*³³⁰. Dans le cadre des difficultés excessives, la considération des revenus des parties, leur disparité ou les moyens pour les parents de payer le montant présumé ne devraient donc pas constituer des motifs de dérogation acceptables.

2.2.2. LES CONVENTIONS ANTÉRIEURES AUX BARÈMES

S'appuyant sur le principe du maintien du niveau de vie antérieur de l'enfant, la Cour d'appel du Québec a reconnu que la modification d'ententes antérieures aux barèmes pouvait constituer un motif de difficultés excessives³³¹. En réalité, lorsque les parties ont convenu par entente de montants supérieurs avant l'entrée en vigueur des barèmes et que l'application stricte de ceux-ci entraîne une diminution de la pension, cette situation peut causer des difficultés excessives au parent gardien dans la mesure où il a adopté un mode de vie en fonction de la fixation de cette pension³³².

³³⁰ D.A.R. THOMPSON, *supra* note 224 à la p. H-19.

³³¹ *Droit de la famille-3136*, [1998] R.D.F. 605 (C.A.) et *Droit de la famille-3151*, [1998] R.D.F. 599 (C.A.).

³³² Ce que la Cour d'appel reconnaît explicitement dans l'affaire *Droit de la famille-3136*, *ibid.*

Le raisonnement de la Cour d'appel est le suivant : l'entrée en vigueur des barèmes constitue d'abord à elle seule un changement suffisant donnant ouverture à la révision du montant accordé. En effet, dans l'affaire *Droit de la famille-2569*, la Cour d'appel du Québec a reconnu que l'article 594 C.c.Q. est suffisamment large "pour permettre de conclure que l'entrée en vigueur des nouvelles *Lignes directrices québécoises* constitue une circonstance qui justifie la révision du jugement qui a accordé des aliments dans le cadre d'une séparation, d'une union de fait ou d'un divorce"³³³, et ce, à l'instar de l'article 17(4) de la *Loi sur le divorce* qui prévoit expressément ce motif de révision. Après cette affirmation, la Cour pose ensuite la question relative au caractère obligatoire des barèmes. Pour la Cour d'appel, les barèmes ne sont obligatoires que pour "les affaires entreprises à compter du 1^{er} mai 1997 et il[s] constitue[ent] dès lors la première étape de la détermination de la pension"³³⁴. Les tables n'auraient donc pas un caractère absolu puisque le tribunal dispose d'une certaine discrétion, limitée par les articles 587.2 et 587.3 C.c.Q. En raison de cette discrétion et du pouvoir conféré aux parties de convenir d'aliments autres que ceux déterminés par les barèmes, le tribunal conclut que les aliments ciblés par les parties pourvoient suffisamment aux besoins de l'enfant et qu'une réduction de la pension en appliquant les tables constituerait une difficulté excessive pour la créancière³³⁵. Cette interprétation est déjà reprise par certains tribunaux³³⁶.

Le principal argument à l'encontre d'une telle approche réside dans le risque de créer deux catégories de familles bénéficiant d'une pension alimentaire pour l'enfant mineur : celles qui ont obtenu une pension plus élevée avant l'entrée en vigueur des formules, et celles dont la séparation survenue après le 1^{er} mai 1997 entraîne la fixation de la pension alimentaire en fonction des tables. Comme le souligne D. GOUBAU, si l'on accepte que l'entrée en vigueur des barèmes constitue un changement justifiant la révision de l'ordonnance alimentaire antérieure, le résultat peut aboutir à l'augmentation de la pension aussi bien qu'à sa diminution³³⁷. Lorsque la modification entraîne une diminution, la situation devient plus

³³³ *Supra* note 62 aux pp. 2258-2259.

³³⁴ *Droit de la famille-3151*, *supra* note 331 à la p. 601 [nos ajouts].

³³⁵ *Ibid.*, à la p. 602.

³³⁶ *Droit de la famille-3224*, [1999] R.D.F. 131 (C.S.); *Droit de la famille-3359*, *supra* note 316; *Droit de la famille-2430* (7 décembre 1999), Cowansville 455-04-000034-957, J.E. 2000-347 (C.S.) et *Droit de la famille-3562* (3 mars 2000), Rimouski 100-12-006321-957, J.E. 2000-669 (C.S.).

³³⁷ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p.74.

délicate puisque cette idée "a quelque chose de choquant dans la mesure où cela semble, à première vue, antinomique avec les principes sous-jacents à la réforme"³³⁸, qui visait notamment l'octroi de montants plus élevés. Mais il importe de garder à l'esprit les objectifs d'uniformité et d'équité de la réforme. Favoriser les enfants qui bénéficient d'aliments supérieurs en raison d'une ordonnance antérieure aux barèmes génère pratiquement deux systèmes parallèles. En pratique, rien n'empêcherait l'ouverture de ce motif pour les conventions antérieures conclues malgré l'imminence de l'entrée en vigueur des tables. À la limite, ce critère du niveau de vie antérieur pourrait également devenir un motif de difficultés excessives pour le parent qui, assujéti aux tables, trouve ces dernières insuffisantes et désire augmenter la pension. D. GOUBAU souligne à juste titre qu'adopter ce critère dans le cadre des difficultés excessives revient à nier le caractère présomptif du système pour favoriser l'approche discrétionnaire, permettant de tenir compte du niveau de vie antérieur de l'enfant tel qu'appliqué par la Cour suprême dans l'affaire *Willick*, et ainsi déroger aux tables dès que celles-ci entraînent un niveau de vie inférieur à celui auquel les enfants étaient habitués³³⁹.

Il préconise donc que le critère du maintien du niveau de vie antérieur (qui est dans l'intérêt de l'enfant) soit appliqué dans le cadre de portes de sortie indépendantes des difficultés excessives comme l'ajout de frais particuliers ou la prise en compte des actifs des parents. En effet, les parents ayant un niveau de vie élevé ont souvent des actifs qui permettent au juge d'apprécier globalement leur situation financière en vertu des articles 587.2 C.c.Q. et 825.12 C.p.c. De plus, nous avons vu que des dépenses supplémentaires et même particulières peuvent être accordées si, entre autres, elles sont raisonnables compte tenu des moyens des parents. Ces autres portes de sortie semblent moins menaçantes pour l'intégrité du système que l'utilisation de la notion de difficultés excessives, comme si la fixation de la pension s'effectuait selon les critères *besoins-moyens* antérieurs à la réforme³⁴⁰.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*, à la p. 77.

³⁴⁰ Voir *Droit de la famille-2878*, [1998] R.D.F. 115 (C.S.) (suivi appel C.A.M. 500-09-006004-980) où le juge semble favoriser la prise en compte de portes de sorties distinctes à la notion de difficultés excessives dans le cadre de l'application des barèmes fédéraux pour déroger au montant prévu par les tables.

Les *Lignes directrices fédérales* génèrent le même débat. Certains tribunaux prétendent qu'ils peuvent refuser de procéder à la modification de l'ordonnance antérieure pour rendre une décision en vertu des tables applicables si cette approche est dans le meilleur intérêt des enfants³⁴¹. Les auteurs MCLEOD et MAMO sont en désaccord avec cette façon d'utiliser le pouvoir discrétionnaire. En effet, l'intention du législateur n'est pas de permettre l'utilisation de la discrétion judiciaire pour favoriser l'émission d'une ordonnance qui semble équitable :

*However, if applying the Guidelines would lead to a reduction in child support, a judge may decline to make an order to promote the best interests of the child [...]. With respect, such reasoning undermines the integrity of the Guidelines and fosters an impression among payors that judges view them as little more than "wallets". The Guidelines are intended to promote consistency of child support awards. This means that excessive orders should be reduced, as well as that parsimonious orders should be increased. The Guidelines provide a code to award child support. They do not provide a floor for child support [nous soulignons]*³⁴².

Or, ce courant jurisprudentiel dangereux se crée en vertu des *Lignes directrices fédérales* où les tribunaux d'appel vont jusqu'à affirmer pouvoir déroger aux tables lorsqu'ils jugent que ce serait inéquitable de les appliquer, et soutiennent disposer de toute la discrétion judiciaire pour ce faire³⁴³.

Dans le cadre d'une procédure de divorce, la *Loi sur le divorce* prévoit expressément que le tribunal peut tenir compte des dispositions spéciales prises dans une entente et qui accordent un avantage à l'enfant³⁴⁴. Il existe actuellement une controverse sur cette question à savoir si

³⁴¹ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p. 79 où il cite à titre d'exemple l'affaire *Wang c. Wang* (1998), 39 R.F. (4th) 426 (B.C. C.A.) confirmé à *Garard c. Garard* (1998), 164 D.L.R. (4th) 347 (B.C. C.A.). Par ailleurs, les auteurs J.G. MCLEOD et A.A. MAMO, *Annual Review of Family Law 1999*, Toronto, Carswell, 1999 aux pp. 168-169 précisent que la Cour d'appel de l'Ontario a suivi le raisonnement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de l'affaire *Wang* dans *Sherman c. Sherman* (1999), 45 R.F.L. (4th) 424 (Ont. C.A.) mais que la Cour d'appel de la Saskatchewan rejette l'approche élaborée dans *Wang* comme étant contraire aux objectifs des *Lignes directrices fédérales* : *Dergousoff c. Dergousoff* (1998), 48 R.F.L. (4th) 1 (Sask., C.A.).

³⁴² J.G. MCLEOD, "Annotation", *Blackburn c. Elmitt* (1997), 34 R.F.L. (4th) 184 à la p. 184 (B.C. S.C.).

³⁴³ *Baker c. Baker* (1999), 49 R.F.L. (4th) 162 (B.C. C.A.). Voir aussi J.G. MCLEOD, "Annotation", *Baker c. Baker* (1999), 49 R.F.L. (4th) 163 aux pp. 165-166; *Wang c. Wang* et *Garard c. Garard*, *supra* note 341.

³⁴⁴ En matière de fixation de la pension voir art. 15.1(5) et 15.1(7) *Loi sur le divorce* et, lorsqu'il s'agit d'une modification, des dispositions similaires sont prévues, art. 17 (6.1) et 17 (6.2) de cette même loi. Voir aussi *Gore Hickman (Hubbard) c. Gore Hickman* (199), 177 D.L.R. (4th) 222 (Sask. Q.B.); *Duncan c. Duncan* (1999), 178 D.L.R. (4th) 760 (B.C. C.A.) et *Dergousoff c. Dergousoff*, *supra* note 341. Enfin, consulter le chapitre II, *supra* section 2.4.1. à la p. 72.

ces articles de la *Loi sur le divorce* ne devraient permettre qu'une diminution de la pension. Nous croyons pourtant que ces dispositions de la loi peuvent être utilisées pour ne pas fixer la pension alimentaire selon les tables si des arrangements suffisants ont été pris par les parties, plutôt que d'exercer une discrétion non prévue par le législateur en affirmant que les tables sont inéquitable. Au Québec, certains tribunaux ont utilisé, avec raison, ces dispositions de préférence à la notion de difficultés excessives³⁴⁵. Ainsi, le motif de niveau de vie antérieur, à l'instar de la disparité dans les revenus des parties, ne devrait pas donner ouverture à l'exercice de la discrétion du tribunal dans le cadre des difficultés excessives.

2.2.3. LE NON-EXERCICE DU DROIT D'ACCÈS

Le non-exercice du droit d'accès constitue, au Québec, un motif fort populaire pour s'écarter des tables en augmentant la pension alimentaire payable au parent gardien. En matière de difficultés excessives, c'est d'ailleurs un des rares moyens pouvant aboutir à une augmentation de la pension. Il n'est pas non plus spécifiquement énuméré par le législateur. Les *Lignes directrices fédérales* et le *Règlement* prévoient, dans le cadre des difficultés excessives, que celles-ci peuvent résulter des coûts liés à l'exercice du droit d'accès, comme le transport, les barèmes fédéraux exigeant qu'ils soient en plus "anormalement élevés"³⁴⁶. Notre exposé ne vise cependant pas à analyser ce motif, mais plutôt l'impact du non-exercice, par le parent non-gardien, des droits de visite qui lui sont conférés par jugement ou entente ou qui sont implicitement inclus dans les barèmes.

Selon les tables de fixation au Québec, le droit d'accès constitue une variable ayant une incidence directe sur le calcul de la pension alimentaire dès que le droit de visite dépasse 20 %³⁴⁷. Au fédéral, le tribunal peut exercer sa discrétion à partir d'un droit d'accès de plus de 40 % puisque la prise en compte du temps de garde n'est pas une variable ayant une

³⁴⁵ *Droit de la famille-3050*, [1998] R.J.Q. 1876 (C.S.).

³⁴⁶ Voir ces exemples où au Québec, il est question des coûts reliés à l'exercice du droit d'accès dans le cadre des difficultés excessives : *Droit de la famille-2569*, supra note 62 (ne les accorde pas); *Droit de la famille-2774*, [1997] R.D.F. 876 (C.S.); *Droit de la famille-3388* (8 juillet 1999), Longueuil 505-12-015-728-960, J.E. 99-1761 (C.S.) (augmenter la pension pour que la mère puisse recevoir convenablement les enfants chez elle). Selon les *Lignes directrices fédérales*, voir *Holtskog c. Holtskog* (1999), 47 R.F.L. (4th) 162 (Sask. C.A.).

³⁴⁷ Chapitre II, supra notes 188 à 192 et le texte correspondant.

incidence systématique sur le calcul de la pension³⁴⁸. Nous avons également établi, au début de la section 2 de ce chapitre, que les variables inhérentes aux barèmes ne devraient pas pouvoir entraîner de difficultés excessives, sous peine d'admettre que les tables ne fonctionnent pas. Nous constatons donc dès le départ que la prise en considération du temps de garde comme facteur entraînant des difficultés excessives est susceptible de poser problème, du moins au Québec. À cet égard, le courant minoritaire actuel de la Cour supérieure sur le sujet explique la raison pour laquelle ce motif ne devrait pas être utilisé avec la notion de difficultés excessives :

*Il est indiscutable que le fait que le père exerce très peu ses droits d'accès a pour résultat d'accroître le fardeau de la mère, mais il nous semble que le législateur a prévu le cas et en a disposé à l'article 4 du Règlement et à la Partie 5, section 1, du formulaire qui précisent ce qu'est la garde exclusive et prévoit le calcul de la pension [...]*³⁴⁹.

Le juge reconnaît donc que le non-exercice des droits d'accès peut avoir une incidence pour le parent gardien, mais il estime ne pas disposer de la discrétion judiciaire nécessaire pour corriger cette situation. De fait, le *Règlement* prévoit à l'article 4 que, lorsqu'un parent assume plus de 60 % du temps de garde, il est considéré avoir la garde exclusive de l'enfant. Entre 60 et 80 %, le parent non-gardien exerce un droit de visite et de sortie prolongé qui entraîne un ajustement sur la pension. Entre 80 et 100 %, c'est-à-dire entre ce qui est considéré représenter un droit d'accès classique estimé à 20 % (une fin de semaine sur deux, quelques semaines pendant l'été et quelques jours à Noël) et aucun droit d'accès, il n'y a pas d'ajustement sur la pension alimentaire. Nous pouvons donc affirmer qu'il n'y a pas de raison d'utiliser la notion de difficultés excessives pour tenir compte du non-exercice du droit d'accès au Québec lorsqu'on se trouve dans des situations où les barèmes considèrent déjà ce facteur, soit dès que les droits d'accès dépassent 20 %. Dans ces cas, seule une modification des droits de garde consentis par jugement ou par entente est susceptible de régler ce problème sans passer par l'exercice de la discrétion du tribunal. Le non-exercice du droit d'accès serait d'ailleurs, à notre avis, un excellent motif justifiant de s'adresser au tribunal pour modifier l'ordonnance antérieure en alléguant un changement dans la situation des parties.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Droit de la famille-2889, supra note 248 à la p. 77.*

La Cour d'appel du Québec³⁵⁰ semble adhérer à ce raisonnement puisqu'elle reconnaît que le non-exercice du droit d'accès peut entraîner des difficultés excessives, les tables elles-mêmes incluant un droit de visite classique de moins de 20 % dans toute ordonnance alimentaire. La Cour admet que "[l]e régime actuel relie également la pension alimentaire à la durée des droits d'accès"³⁵¹. Ainsi, une difficulté excessive ne peut résulter du non-exercice du droit d'accès que lorsque ce dernier se situe à l'intérieur d'une plage de 0 à 20 %. En effet, si l'on admet que 20 % représente la norme, la moyenne, ou ce que les barèmes incluent déjà comme droit d'accès sans ajustement, une difficulté excessive ne peut résulter que d'un droit d'accès inférieur à la norme, puisque dans les cas où ce droit de visite est supérieur à 20 %, le législateur en a tenu compte. Le non-exercice d'un droit d'accès *normal* ou *classique* est considéré comme une difficulté excessive par les tribunaux puisque ce non-exercice minimal d'un droit de visite augmente les responsabilités éducatives du parent gardien et engendre chez lui une pression financière supplémentaire en ne lui permettant pas de bénéficier d'un répit financier, physique et psychologique³⁵². La Cour d'appel du Québec propose donc que l'ajustement s'effectue de la façon suivante :

*Si l'on tient pour acquis que les lignes directrices ont été établies sur la base de l'exercice d'un droit d'accès usuel, il me paraît raisonnable de rajuster la pension alimentaire dans la proportion du défaut, dans la mesure où celui-ci crée une difficulté excessive pour le parent gardien.*³⁵³

Au fédéral, des juges ont également considéré que le non-exercice du droit de visite pouvait constituer un motif de difficultés excessives pour le parent gardien, mais le mécanisme de comparaison des niveaux de vie doit quand même démontrer un niveau de vie inférieur pour ce dernier³⁵⁴. Pourtant, au fédéral, la prise en compte de ce motif présente une difficulté

³⁵⁰ *Droit de la famille-3228*, supra note 282; *Droit de la famille-3006*, (6 mai 1998), Québec 200-09-001792-974, J.E. 98-1173 (C.A.) (ne se prononce pas directement sur cette question, elle mentionne qu'il n'y a pas de preuve mais n'écarte pas ce moyen).

³⁵¹ *Droit de la famille-3228*, *ibid.*, à la p. 1359.

³⁵² *Ibid.*; *Droit de la famille-3150* (26 novembre 1999), Québec 200-04-00411-975, J.E. 2000-94 (C.S.); *Droit de la famille-3515* (14 janvier 2000), Montréal 500-04-004146-958, J.E. 2000-297 (C.S.); *Droit de la famille-3082*, (15 juillet 1998), Terrebonne 700-04-000425-881, J.E. 98-1804 (C.S.); *Droit de la famille-2943*, supra note 307; *Droit de la famille-3289*, [1999] R.D.F. 347 (C.S.); *Droit de la famille-3383*, [1999] R.D.F. 563 (C.S.); *Droit de la famille-3423*, [1999] R.D.F. 717 (C.S.); *Droit de la famille-3562*, supra note 336 et *Droit de la famille-3572*, supra note 304.

³⁵³ *Droit de la famille-3228*, supra note 279 à la p. 1360.

³⁵⁴ *Scharf c. Scharf* (1997), 40 R.D.F. (4th) 422 (Ont. Gen. Div.); *Scotcher c. Hampson*, supra note 227; *Mayo c. O'Connell* (1998), 42 R.F.L. (4th) 193 (Nfld. Unif. Fam. Ct.); *Droit de la famille-2794*, [1997] R.D.F. 760 (C.S.).

puisque nous ne savons pas ce qui constitue un droit d'accès normal ou classique selon les *Lignes directrices fédérales*. En effet, le législateur prévoit un impact entièrement discrétionnaire à partir d'un droit d'accès de plus de 40 %, et l'objet de notre propos ne vise pas à effectuer une revue de la jurisprudence canadienne sur la question de l'article 8 des *Lignes directrices fédérales* pour vérifier les circonstances dans lesquelles les juges exercent leur discrétion dans ces cas. Qu'il nous suffise de dire que la prise en compte de ce motif au titre de difficulté excessive dans les barèmes fédéraux ne nous apparaît pas évidente, d'abord en raison de l'existence d'un pouvoir discrétionnaire déjà prévu sur cette question à l'article 8 à partir de 40 %, et deuxièmement, parce que le législateur n'a pas donné d'indication sur ce qu'il considère être la norme. **Or, une difficulté excessive ne peut survenir, à notre avis, que si le parent n'exerce pas les droits d'accès minimaux inclus dans la norme législative.** Au fédéral, la norme représente-t-elle un accès *classique* de 20 % correspondant à un droit de visite traditionnel, ou le législateur l'a-t-elle établie à 40 % en raison de l'article 8 des *Lignes directrices fédérales*?

J.G. MCLEOD s'est montré en désaccord avec la prise en considération de motifs autres que financiers dans l'interprétation des facteurs de difficultés excessives à l'article 10 des *Lignes directrices fédérales*. Dans le cadre d'un litige où le père demandait une réduction de ses obligations parce que sa fille refusait d'avoir des contacts avec lui, le tribunal a considéré que ce refus de l'enfant ne pouvait entraîner des difficultés excessives³⁵⁵. Commentant cette décision, MCLEOD s'exprime ainsi :

It is doubtful that courts will hold that a child's failure to maintain a relationship with a non-custodial parent amounts to undue hardship within the meaning of s. 10 of the Guidelines. The enumerated factors in s. 10 of the Guidelines are financial. The focus is on economic hardship. Although the listed factors are not exhaustive, a court is likely to interpret the section with ejusdem generis maxim in mind, so that only factors affecting economic hardship will be considered³⁵⁶.

³⁵⁵ Pohlod c. Bielajew (1998), 38 R.F.L. (4th) 35 (Ont. Gen. Div.); Robinson c. Domin (1998), 39 R.F.L. (4th) 92 (BC. S.C.); au Québec, voir *contra* : Droit de la famille-2852, *supra* note 317, le juge trouvant inéquitable dans le cas d'un père payant deux pensions alimentaires, qu'il verse la plus élevée à l'intention de l'enfant qu'il ne voit jamais.

³⁵⁶ J.G. MCLEOD, *supra* note 315 à la p. 37.

Cette interprétation rejoint celle que nous avons adoptée au début de cette section au regard des motifs pouvant entraîner des difficultés excessives qui devraient s'apparenter aux exemples donnés par les barèmes, et surtout ne pas résulter des variables sous-jacentes à la confection et la mise en œuvre de celles-ci; autrement, les objectifs du système risquent d'être compromis par l'exercice de la discrétion judiciaire. Déjà, on le voit au Québec, celle-ci s'exerce plus facilement que dans le cadre des *Lignes directrices fédérales* où l'on retrouve un mécanisme de comparaison des niveaux de vie.

Aux États-Unis, en règle générale, les tribunaux ne sont pas disposés à suspendre le paiement de la pension alimentaire lorsque le parent gardien empêche l'exercice du droit de visite; seuls deux états le prévoient expressément dans leurs lignes directrices, soit l'Alaska et le Wyoming³⁵⁷. Au Québec et au fédéral, il semble également que la faute du parent gardien ou celle de l'enfant ne soit pas pertinente³⁵⁸. De toute manière, accorder un ajustement à la pension alimentaire pour le parent qui nuit à l'exercice des droits d'accès serait injuste. Cependant, selon l'auteure américaine Laura W. MORGAN³⁵⁹, cette dénegation du droit d'accès par le parent gardien pourrait entraîner, en théorie, la *réduction* de la pension (la situation inverse des exemples donnés ci-dessus où c'est le parent gardien qui pouvait obtenir une augmentation de la pension s'il subissait des difficultés excessives en raison d'une faute du parent non-gardien), puisque la pension alimentaire présomptive aux États-Unis est également basée sur l'hypothèse que l'enfant passe 20 % de son temps avec le parent non-gardien, comme au Québec. Un ajustement est également prévu en cas de garde partagée ou de droit de visite prolongé. De même aux États-Unis, lorsque le parent non-gardien choisit de ne pas du tout exercer ses droits d'accès, l'impact sur la pension alimentaire se traduira par une hausse de celle-ci pour compenser le 20 % de temps supplémentaire passé chez le parent gardien. Deux états prévoient expressément un ajustement dans leurs formules pour ce motif : le Mississippi et le Tennessee³⁶⁰.

³⁵⁷ L.W. MORGAN, *supra* note 166 aux pp. 4-74 et ss.

³⁵⁸ J.G. MCLEOD, *supra* note 317; J.G. MCLEOD et A.A. MAMO, *supra* note 341; *Droit de la famille-3228*, *supra* note 282 à la p. 1360 où la Cour d'appel précise que la majoration de la pension alimentaire pour le motif du non-exercice du droit de visite "est indépendant du caractère volontaire ou non du défaut".

³⁵⁹ L.W. MORGAN, *supra* note 166.

³⁶⁰ *Ibid.*

2.2.4. L'IMPACT DES FAMILLES RECONSTITUÉES

Des quatre motifs que nous avons analysés dans le cadre de l'application de la notion de difficultés excessives, celui de l'impact des familles reconstituées est le seul prévu par le législateur; en effet, le juge peut tenir compte des obligations alimentaires assumées à l'égard d'autres personnes que l'enfant, et ce, tant dans les barèmes fédéral que provincial. Nous aborderons brièvement cette question de façon à démontrer qu'elle constitue un motif pouvant facilement permettre un retour au système entièrement discrétionnaire antérieur aux barèmes de fixation de la pension alimentaire, et ce, si la discrétion judiciaire n'est pas exercée de façon restrictive.

Toutes les questions relatives à la prise en considération des obligations imposées par la fondation d'une nouvelle famille postérieurement à la séparation se soulèvent ici, incluant la prise en considération ou non des obligations déjà existantes et relatives à une précédente union. Ce sujet est d'actualité, surtout dans un contexte où les séparations ne vont pas en diminuant. Or, l'arrivée des barèmes ne permet pas d'apporter une solution quant à la façon de composer avec les familles reconstituées, la jurisprudence demeurant partagée sur cette question et le nombre de demandes accueillies ou refusées étant à peu près égal, tant dans le système québécois que fédéral³⁶¹.

Dans ce contexte, la jurisprudence antérieure aux barèmes demeure d'actualité pour favoriser une interprétation législative cohérente avec les principes dégagés en cette matière³⁶². Mais dans l'application des barèmes, une tendance se dégage tout de même dans la façon de calculer la contribution alimentaire lorsqu'un ajustement est demandé pour ce motif.

Cette tendance précise que la contribution alimentaire doit être calculée en vertu des tables applicables selon le nombre d'enfants en litige, et non selon le nombre total d'enfants

³⁶¹ D. GOUBAU, *supra* note 231 à la p. 69.

³⁶² Chapitre I, *supra* notes 75 à 79 et le texte correspondant.

du débiteur alimentaire³⁶³. En effet, dans *Droit de la famille-2900*³⁶⁴, le père payait déjà une pension alimentaire pour ses deux filles nées d'une précédente union et il demanda au juge de fixer la pension alimentaire pour son fils en tenant compte du fait que ce dernier était son troisième enfant. Le tribunal invoqua les articles 825.8 du C.p.c. et 1^{er} du *Règlement*, lesquels font ressortir l'intention du législateur de fixer la pension alimentaire selon le revenu disponible des deux parents. Pour le juge, cette méthode de calcul ne pouvait tenir compte d'enfants nés d'un père (ou d'une mère) différent(e)³⁶⁵. Dans *Droit de la famille-3150*³⁶⁶, le père plaidait sensiblement le même argument pour l'enfant en litige, souhaitant que le juge effectue le calcul comme s'il avait trois enfants. Le tribunal constata que le barème accordait à l'enfant en litige 8 900 \$ par année si le calcul était effectué en considérant l'enfant comme sa fille unique, alors que dans le cas où elle serait plutôt considérée comme un troisième enfant, elle ne recevrait que 5 423 \$ annuellement. Or, les revenus annuels de 110 000 \$ du débiteur lui permettaient d'assumer ces obligations, même s'il avait à sa charge une nouvelle conjointe qui ne travaillait pas et ayant deux autres enfants. Enfin, dans *Droit de la famille-3084*³⁶⁷, le juge considéra les deux dossiers où les pensions alimentaires de deux mères différentes pour les enfants du même père étaient en cause. Le tribunal détermina alors que le total des deux pensions alimentaires représentait 33,9 % du revenu net du père, ce qui n'entraînait pas de difficultés excessives pour ce dernier.

Le tribunal peut donc toujours vérifier si le total des contributions alimentaires dépasse 50 % de son revenu disponible, auquel cas un ajustement peut être fait en vertu de l'article 8 du *Règlement*. Si ce calcul ne peut être fait, par exemple lorsque la nouvelle famille est encore unie, le juge peut alors tenir compte de l'ensemble des circonstances et, croyons-nous, du niveau de vie de cette nouvelle famille, comme le suggère le test de comparaison des niveaux de vie au fédéral. D'ailleurs, c'est à cette étape que le revenu d'un nouveau conjoint devrait

³⁶³ *Droit de la famille-3026*, supra note 179; *Droit de la famille-2900*, supra note 264; *Droit de la famille-3084*, supra note 303; *Droit de la famille-3150* [1998] R.D.F. 721 (C.S.); *Droit de la famille-2753* [1997] R.D.F. 703 (C.S.). Voir au même effet selon les *Lignes directrices fédérales Digout c. Digout* (1999), 178 D.L.R. (4th) 588 (N.S.C.A.).

³⁶⁴ Supra note 261.

³⁶⁵ Ibid. à la p. 137.

³⁶⁶ Supra note 363.

³⁶⁷ Supra note 303.

être pris en considération³⁶⁸, de même que le fait qu'il (ou elle) ait choisi de ne pas travailler. Le principe, comme avant l'entrée en vigueur des barèmes, demeure que le parent doit respecter ses obligations alimentaires à un niveau égal pour chacun des enfants, sans favoriser ceux issus de l'une ou l'autre union.

Certaines décisions font pourtant ressortir que le tribunal, jugeant être en présence de difficultés excessives, s'inspire du montant que le parent aurait eu à payer si les enfants étaient tous issus d'une même famille et du même dossier. Ainsi, dans *Droit de la famille-2952*³⁶⁹, le juge précise qu'à titre purement indicatif, la contribution aurait été inférieure si l'obligation alimentaire avait été calculée en fonction d'une famille de trois enfants dont deux sous la garde de la mère et un sous celle du père. La Cour accorde donc un ajustement en se basant d'abord sur les revenus respectifs des deux parties, ensuite sur la mesure selon laquelle les deux nouveaux conjoints des parents peuvent contribuer aux dépenses courantes, et enfin sur l'ensemble des circonstances pour accepter une diminution en raison de difficultés excessives³⁷⁰.

Selon les *Lignes directrices fédérales*, il semble que cette porte de sortie soit également utilisée de façon restrictive, la présence d'obligations envers une autre famille ne conférant pas un ajustement automatique, les intérêts de tous les enfants devant être soupesés³⁷¹. De plus, le test de la comparaison des niveaux de vie constitue une excellente méthode pour rendre plus objective la considération de ces obligations envers les enfants de différentes unions, ainsi que la contribution du nouveau conjoint.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a d'ailleurs confirmé que l'impact des obligations alimentaires nées d'une précédente union doit être considéré à l'étape des difficultés excessives seulement³⁷². En l'espèce, le juge de première instance avait calculé la pension

³⁶⁸ Comme l'a d'ailleurs fait le juge dans l'affaire *Droit de la famille-3084*, *Ibid.* à la p. 632; Voir aussi *Droit de la famille-3026*, *supra* note 179 à la p. 395.

³⁶⁹ [1998] R.D.F. 227 (C.S.)

³⁷⁰ *Ibid.*, à la p. 229. Voir aussi *Droit de la famille-2852*, *supra* note 317; *Droit de la famille-2820*, [1997] R.D.F. 820 (C.S.).

³⁷¹ J.G. MCLEOD et A.A. MAMO, *supra* note 337 aux pp. 156-157.

³⁷² *Digout c. Digout*, *supra* note 363.

alimentaire en fonction du nombre total d'enfants du débiteur et divisé entre les deux familles à part égales. La Cour d'appel a renversé le jugement et fixé la pension conformément aux *Lignes directrices fédérales*.

Le Comité de suivi du modèle québécois s'est d'ailleurs penché sur la problématique des enfants issus d'une autre union. Bien que le Comité et l'ensemble des intervenants consultés reconnaissent que les enfants doivent être traités de façon égale, sans accorder une priorité à des enfants issus d'une famille plutôt que de l'autre, il appert que cet objectif ne serait pas atteint en vertu du régime actuel. Par contre, le Comité est en accord avec la jurisprudence qui se développe actuellement sur la considération des seuls enfants visés par la demande dans le calcul du *quantum* de la pension alimentaire, et recommande à cette fin une modification au *Règlement* afin que l'expression suivante soit précisée au formulaire de fixation : "enfants communs aux deux parties concernés par la demande"³⁷³. Pour la prise en compte des obligations alimentaires nées de plusieurs unions, le Comité recommande à la ministre de la Justice de "poursuivre l'examen entrepris par le Comité des différentes solutions"³⁷⁴, dont celle-ci est exposée au rapport : déduire du revenu disponible du débiteur dans la partie 3 du formulaire le montant de pension alimentaire payable en vertu d'une union antérieure (après les autres déductions déjà prévues) afin que son revenu disponible reflète mieux la réalité. Cette solution apporte néanmoins quelques problèmes d'ordre pratique puisque certaines pensions sont déductibles au plan fiscal alors que d'autres non. Elle crée également un régime qui assumerait alors que la pension payable antérieurement devient prioritaire, en quelque sorte, sur les obligations subséquentes du débiteur puisque le revenu disponible serait moins élevé pour la seconde famille. Cela remet en question le principe d'égalité des enfants, du moins du point de vue monétaire, mais reconnaît la responsabilité des parents qui choisissent de s'engager et de former une nouvelle famille en connaissant les obligations déjà existantes auxquelles il serait possible d'attribuer un caractère prioritaire dans le temps. Ce raisonnement va dans le sens de ce que proposait la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Edwards*³⁷⁵ et de la façon dont le tribunal avait disposé du litige entre

³⁷³ COMITÉ DE SUIVI DU MODÈLE QUÉBÉCOIS, *supra* note 1 aux pp. 85 et 91 (recommandation 25).

³⁷⁴ *Ibid.* à la p. 91 (recommandation 26).

³⁷⁵ *Supra* note 76 et texte correspondant.

les parties en rappelant au père les obligations qu'il avait déjà contractées envers sa première famille.

CONCLUSION

L'exercice de la discrétion judiciaire dans le cadre des frais supplémentaires et des difficultés excessives constitue une atteinte au principe selon lequel les tables sont présumées correspondre aux besoins des enfants. La tentation s'avère grande d'utiliser ces portes de sortie afin de remédier aux injustices du système; or, dorénavant, ce rôle n'appartient plus au tribunal, mais au législateur. Les tribunaux doivent donc se montrer très prudents au regard de ce pouvoir dont ils disposent; celui-ci doit s'exercer judicieusement afin de préserver l'intégrité du nouveau système de fixation de la pension alimentaire et l'équilibre d'une réforme qui dépend, en quelque sorte, de la capacité des tribunaux à renouveler l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire dans le cadre de normes législatives et non jurisprudentielles.

Conclusion générale

Le droit de la famille n'a pas échappé à la volonté de l'État d'intervenir en cette matière afin d'assurer un traitement plus équitable des familles et des enfants. Le phénomène grandissant des séparations et des divorces a entraîné l'éclatement des valeurs autrefois à la base du concept même de la solidarité familiale, laissant celle-ci à la recherche d'un nouvel équilibre. Or, les gouvernements fédéral et provincial ne pouvaient demeurer insensibles aux effets de cette nouvelle réalité sur les enfants, adultes de demain. Malgré la pérennité du critère du meilleur intérêt de l'enfant, il est apparu que celui-ci ne pouvait plus jouer son rôle en matière de fixation de la pension alimentaire pour enfants sans que son contenu ne soit balisé, normalisé et défini. L'intérêt des enfants milite en faveur de l'octroi de montants de pension alimentaire justes et suffisants pour répondre à leurs besoins. Ce mémoire nous a donc permis d'exposer les moyens mis en place par l'État pour favoriser l'atteinte de cet objectif.

Le système entièrement discrétionnaire de fixation de la pension alimentaire pour enfants ne permettait plus, malgré sa grande souplesse, de garantir un traitement équitable et uniforme des familles et des enfants. Par contre, les efforts louables des tribunaux pour créer des balises jurisprudentielles ont posé les jalons de l'intervention législative subséquente. Ainsi, la formule *Paras* a permis d'établir la façon de répartir l'obligation alimentaire entre les parents, alors que la formule *Levesque* a décrit les différentes étapes nécessaires à la fixation de la pension alimentaire. Cependant, malgré ces méthodes, le pouvoir judiciaire demeurait aux prises avec la difficulté d'évaluer avec précision les coûts et les besoins des enfants, prisonnier de la preuve présentée à ce propos par les parties. Le juge L'HEUREUX-DUBÉ, qui n'a pas été suivie sur ce point par la majorité de la Cour suprême, proposait, dans l'arrêt *Willick*, d'interpréter la loi dans son contexte socio-économique. De cette façon, la règle de la

connaissance judiciaire permettait aux tribunaux de s'inspirer de statistiques et de différentes données sur la pauvreté des femmes et des enfants pour établir les besoins de ces derniers non pas dans l'abstrait, mais selon une approche centrée sur la réalité sociale des familles et des enfants. Cette solution avant-gardiste n'a reçu que peu d'écho auprès des juges, l'exercice de la discrétion judiciaire demeurant un mal nécessaire à la détermination des besoins et des moyens des parties, laissant ainsi le problème entier.

Le législateur propose donc, après de nombreuses années d'études et de consultations, l'adoption de barèmes de fixation de la pension alimentaire pour l'enfant mineur, dans le meilleur intérêt de celui-ci. Le montant ainsi attribué selon une table de fixation, en fonction des revenus des parents et du nombre d'enfants, est *présumé* répondre aux besoins des enfants de cette famille. Des portes de sortie permettant l'exercice de la discrétion judiciaire sont également prévues, afin d'assurer une certaine souplesse pour tenir compte des particularités propres à chaque famille, en fonction de situations prédéterminées par le législateur. Ainsi, des frais particuliers ou dépenses extraordinaires peuvent être ajoutés à la contribution alimentaire de base. De même, l'une ou l'autre des parties estimant souffrir de difficultés excessives résultant de l'application stricte des tables peut demander un ajustement, à la hausse ou à la baisse, du montant.

Nous avons donc tenté de vérifier, au chapitre III, si l'exercice de la discrétion judiciaire balisée par la législation instaurant les barèmes ne risquait pas de mettre en péril les objectifs d'équité, d'uniformité et de prévisibilité des montants accordés.

Il résulte de notre étude deux principales constatations. La première est à l'effet que, lorsque le tribunal analyse les demandes visant l'ajout de dépenses extraordinaires ou de frais particuliers, il ne dispose pas de moyens de vérifier si, pour un niveau de revenu donné, cette dépense est déjà incluse dans les tables de fixation. Il ne dispose pas non plus de moyens d'évaluer la portion qui excède le montant "normal" consacré habituellement par les tables à ce poste. Différents tests ont été appliqués par les tribunaux, dont les cours d'appel, qui font néanmoins ressortir une interprétation *restrictive* de cette porte de sortie en précisant qu'elle ne vise pas, justement, à bonifier un montant de pension alimentaire qui apparaît insuffisant. Cette affirmation est conforme à l'esprit de la loi.

Ainsi, nous croyons que l'exercice de la discrétion judiciaire s'est renouvelé, tenant compte de la réalité du nouveau système de fixation, en interprétant ce qui constitue une dépense admissible ou non. La difficulté à ce niveau réside davantage dans le nombre de contestations, proportionnellement supérieur de 10 % à l'ensemble des contestations de l'échantillon analysé par le Comité de suivi du modèle québécois. C'est donc dire qu'à ce titre, le système ne répond probablement pas suffisamment à l'objectif de prévisibilité des décisions. Dans ce contexte, il pourrait être intéressant de donner aux tribunaux des outils permettant de vérifier, selon le niveau de revenu, ce qui fait déjà partie des barèmes de fixation.

La deuxième constatation est relative à ce que nous qualifions de "système d'alarme" des barèmes présomptifs : les difficultés excessives. Une tendance jurisprudentielle se développe, tant au Québec qu'en vertu des *Lignes directrices fédérales*, mettant de côté ces barèmes de fixation lorsque le montant ainsi fixé entraîne une diminution du niveau de vie antérieur de l'enfant. Nous croyons qu'un tel exercice de la discrétion judiciaire va à l'encontre des objectifs de la réforme et devrait faire l'objet d'un encadrement plus sévère de façon à préserver l'équilibre du nouveau régime tant pour les débiteurs que pour les créanciers. La mise en place de barèmes présomptifs constitue un choix politique comportant des avantages et des inconvénients qui ont été pondérés lors de la mise en œuvre de la législation. L'exercice de la discrétion judiciaire ne doit pas permettre de se substituer à la volonté du législateur d'uniformiser le traitement des obligations alimentaires à l'égard des enfants mineurs, certains ne devant pas être avantagés plus que d'autres.

La notion de difficultés excessives demeure une des portes de sortie présentant le plus de risque pour l'équilibre du système de fixation, en raison des motifs non limitatifs qui peuvent y donner ouverture, remettant ainsi entre les mains du pouvoir judiciaire la responsabilité de baliser l'application de ce motif. Au fédéral, la méthode de comparaison des niveaux de vie permet d'exercer un contrôle sur l'utilisation débridée du pouvoir discrétionnaire lorsque des difficultés excessives sont invoquées, le parent ayant le niveau de vie le plus élevé ne pouvant bénéficier d'un ajustement pour ce motif. Il s'agit d'un excellent mécanisme pour restreindre l'application de cette mesure d'exception. Au Québec, un tel mécanisme pourrait être intégré au *Règlement* de telle sorte que soit limitée la possibilité d'utiliser cette porte de sortie pour le

parent se trouvant dans une situation plus aisée. Au surplus, lors de l'évaluation du niveau de vie des parties, ce mécanisme permet de tenir compte de la situation financière du nouveau conjoint et, indirectement, des choix exercés dans le cadre d'une nouvelle union, conformément aux principes établis dans l'affaire *Edwards*.

À cet égard, l'entrée en vigueur d'une telle réforme législative soulève des réflexions supplémentaires quant à la possibilité d'établir des normes sur d'autres sujets ou problématiques connexes, comme l'opportunité de considérer le revenu (ou l'absence de revenu) d'un nouveau conjoint, le phénomène de plus en plus répandu des familles reconstituées ou la possibilité d'étendre les barèmes aux enfants majeurs en dehors du contexte des séparations ou des divorces. Ces derniers aspects exigent une réflexion plus poussée afin d'établir les fondements qui seraient à l'origine de modifications législatives. En effet, ces questions interpellent la société en général quant aux principes devant guider une intervention étatique qui reflète les valeurs sous-jacentes à cette nouvelle forme de solidarité familiale en évolution. Nous soumettons que ces choix relèvent de la responsabilité collective.

Le Comité de suivi du modèle québécois recommande d'ailleurs la reconduction de son mandat afin d'étudier, entre autres, la problématique des unions antérieures ou subséquentes. De façon générale, le Comité a produit un rapport positif sur l'atteinte des objectifs de la réforme, en partie grâce aux nombreuses études et consultations qui ont eu lieu au cours des huit années précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle législation et que nous avons longuement exposées en raison de leur importance fondamentale, au premier chapitre.

Compte tenu du succès de la réforme et afin de laisser le soin aux tribunaux de poursuivre l'interprétation de ces notions, le Comité de suivi recommande de maintenir le *statu quo* à propos des définitions des notions de difficultés excessives et de frais particuliers ou dépenses extraordinaires, tout en étant conscient des aspects énoncés ci-dessus et devant faire l'objet d'une attention particulière. Il est vrai que ce nouveau système n'est en vigueur que depuis trois ans. Le gouvernement fédéral déposera à son tour, d'ici deux ans, une évaluation de la réforme dans le cadre des *Lignes directrices fédérales* où ces mêmes problématiques seront analysées à la lumière de la jurisprudence canadienne. Il sera

intéressant de vérifier si le ministère de la Justice fédéral recommandera, à l'instar de la province de Québec, de maintenir le *statu quo* quant aux portes de sortie importantes qui ont fait l'objet de ce mémoire. Nous pourrions alors définitivement conclure à l'émergence, au Canada, d'un nouveau pouvoir discrétionnaire plus restreint, mais renouvelé.

Cette vaste réforme jette les bases, à notre avis, d'une nouvelle solidarité économique entre les familles séparées dans le meilleur intérêt des enfants, d'où l'importance d'intégrer la réalité des familles reconstituées. Permettez-nous également d'énoncer une mise en garde essentielle à l'aboutissement de ce nouveau "partenariat" économique des familles : après avoir longuement dénoncé sur la place publique dans les années 1980, et avec raison, le sort réservé aux femmes et aux enfants à la suite de la rupture comparativement à la situation des hommes, un retour du balancier pourrait se produire où l'obsession de fixer des montants suffisamment élevés et couvrant tous les besoins des enfants plongerait à leur tour ces pères dans un marasme économique qui n'est certainement pas souhaitable. En effet, l'intérêt des enfants ne serait pas mieux servi si nous passions à côté de l'occasion de construire de nouvelles bases d'entraide familiale et de recréer un concept de la famille adapté aux nouvelles réalités sociales.

Dans ce même esprit, il est peut-être temps de songer sérieusement à normaliser le critère de l'intérêt de l'enfant dans le contexte de l'attribution de la garde. Si la vaste réforme du système de fixation des pensions alimentaires pour enfants visait à faciliter l'attribution de montants suffisants, justes et équitables en créant des barèmes présomptifs, c'est-à-dire présumés être dans l'intérêt des enfants, une semblable démarche pourrait être amorcée pour faciliter le règlement des litiges en matière d'attribution de la garde en faveur de l'un ou l'autre des parents. Les nouvelles réalités sociales et familiales nous confrontent de plus en plus souvent à de déchirants débats lorsqu'il est question, dans l'intérêt de l'enfant, de décider lequel des deux parents devrait se voir attribuer la garde. Quels critères permettent de définir l'intérêt de l'enfant en cette matière? Le ministère de la Justice du Canada a déjà analysé, dans un document de travail produit en 1993³⁷⁶, différents scénarios sur l'adoption

³⁷⁶ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ottawa, le Ministère, mars 1993.

de présomptions permettant, par voie législative, d'encadrer les critères d'attribution de la garde des enfants. À titre d'exemple, parmi les présomptions étudiées, nous retrouvons celle en faveur du principal pourvoyeur de soins (primary caregiver), soit le parent qui, sur une base régulière et quotidienne, organise et effectue les tâches reliées aux soins, à l'entretien et à l'éducation des enfants. L'adoption de cette présomption aurait pour effet de présumer que le parent identifié comme principal pourvoyeur de soins devrait se voir attribuer la garde de l'enfant, à moins qu'il soit prouvé, par exemple, qu'il n'est pas un bon parent. L'adoption de cette présomption permettrait ainsi de reconnaître la réalité du "caregiving" vécue par les femmes tout en fournissant un critère neutre et non sexiste, puisque les hommes qui assument ces tâches pourraient aussi bénéficier de la présomption. Il ne s'agit que d'un exemple pour illustrer qu'à l'aube de ce nouveau millénaire, l'examen de l'adoption par le législateur d'une présomption en matière de garde d'enfant permettrait certainement d'équilibrer le concept de solidarité familiale renouvelée et de valoriser davantage le rôle des pères, au-delà de la notion de simple pourvoyeur.

Bibliographie

Législation

Législation provinciale

Code civil du Québec L.R.Q. c. 64, art. 585 à 596 [C.c.Q.].

Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25, art. 825.8 à 825.14 [C.p.c.].

Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, L.Q. 1997, c. 42.

Loi modifiant le Code civil du Québec et le Code de procédure civile relativement à la fixation des pensions alimentaires pour enfants, L.Q. 1996, c. 68 [Projet de loi 68].

Règlement sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants, D. 484-97, 16 avril 1997, 129 G.O.Q. 1997.II.2117.

Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec en matière familiale, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 9.

Législation fédérale

Loi sur le divorce de 1968, S.R.C. 1970, c. D-8.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985 (2^e supp.), c. 3.

Loi modifiant la Loi sur le divorce, la Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales, la Loi sur la saisie-arrêt et la distraction de pensions et la Loi sur la marine marchande du Canada, L.C. 1997, c. 1 [Projet de loi C-41].

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, modifiées par DORS/97-563 et DORS/99-136.

Décret désignant la province de Québec pour l'application de la définition de "lignes directrices applicables au paragraphe 2(1) de la Loi sur le divorce", DORS/97-237.

Documents de consultation, rapports et mémoires

Provincial

BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *La situation démographique au Québec - édition 1998/ Louis Duchesne*, Québec, Les Publications du Québec, 1998.

COMITÉ DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Mémoire du Barreau du Québec sur les règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, février 1993.

COMITÉ PERMANENT DU BARREAU DU QUÉBEC SUR LE DROIT DE LA FAMILLE, *Mémoire sur le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, août 1996.

CONSEIL DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, MINISTÈRE DE LA FAMILLE ET DE L'ENFANCE, et BUREAU DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Un portrait statistique des familles et des enfants au Québec*, Québec, le Conseil, le Ministère, le Bureau, 1999.

QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Avis sur la fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Québec, le Conseil, octobre 1995.

QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *La fixation des pensions alimentaires pour les enfants : état de situation et discussion*, Québec, le Conseil, novembre 1995.

QUÉBEC, Conseil du statut de la femme, *Pension alimentaire : Quand une pomme égale deux oranges*, Québec, le Conseil, août 1996.

QUÉBEC, Ministère de la Sécurité du revenu, *Modèle de fixation des pensions alimentaires pour enfants - document de consultation*, Québec, juin 1996.

QUÉBEC, *Rapport du Comité de suivi du modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants*, Québec, Ministère de la Justice, mars 2000.

Fédéral

CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille : Pensions alimentaires pour enfants - Document de travail public*, Ottawa, juin 1991.

CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Les incidences économiques des règles de fixation des pensions alimentaires pour enfants - Rapport de recherche*, Ottawa, mai 1992.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*, Ottawa, le Ministère, mars 1993.

- CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants*, Ottawa, janvier 1995.
- CANADA, Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille, *Rapport et recommandations du Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille concernant les pensions alimentaires pour enfants – Sommaire*, Ottawa, janvier 1995.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce. Phase II : Contrôle et Évaluation*, Ottawa, Bureau de révision, mai 1990.
- CANADA, *Le nouveau système de pension alimentaire pour enfants*, Budget 1996, Ottawa, Groupe Communication Canada, 6 mars 1996.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Ébauche. Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants, (document d'information)*, Ottawa, le Ministère, juin 1996.

Doctrines canadienne

Périodiques

- ASTON, D.R., "An Update of Case Law Under the Child Support Guidelines" (1998-99) 16 C.F.L.Q. 261.
- BALA, N., "Ottawa's Child Support Regime : a Guide to the Guideline" (1996) 21 R.F.L. (4th) 301.
- BISSETT-JOHNSON, A., "Reform of the Law of Child Support : by Judicial Decision or by Legislation? (Pt. 1)" (1995) 74 R du B. Can. 585".
- BOYD, S.B., "The Second Shift : Working Parents and the Revolution at Home. By Arlie Hochschild with Anne Machung (New York : Viking, 1989)" (1990) 4 *Revue Femmes et Droit* 325.
- DAVIES, C., "The Emergence of Judicial Child Support Guidelines" (1995-96) 13 C.F.L.Q.
- FINNIE, R., "Child Support Guidelines : an Analysis of Current Government Proposals" (1995) 13 C.F.L.Q. 145.
- FINNIE, R., "Child Support Guidelines : an Evaluation of Recent Government Proposals" (1995) 11 R.F.L. (4th) 317.
- FINNIE, R., "The Government's Proposed Child Support Guidelines" (1996) 18 R.F.L. (4th) 382.
- FINNIE, R., "The Government's Child Support Package" (1997-1998) 15 C.F.L.Q. 79.

- GAUVIN, F., "Le modèle québécois de fixation des pensions alimentaires pour enfants" dans *Développements récents en droit familial* (1997), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997, 135.
- GOODFELLOW, W.R.E., "Spousal Support after *Moge* (S.C.C.); Child Support after *Thibaudeau* (S.C.C.) and *Levesque* (Alta. C.A.); Do These Decisions Really Change Support Law?" (1996-97) 14 C.F.L.Q. 1.
- GOUBAU, D., "L'obligation alimentaire et la protection du capital" dans : *Développements récents en droit familial* (1992), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1992, 135.
- GOUBAU, D., FORTIN, J.-M. et GRASSBY, M., "Un système de fixation des pensions alimentaires dans l'intérêt des enfants ?" (1997) 29 *Journal du Barreau* 20.
- GOUBAU, D., "Décision récente" dans *Droit de la famille québécois - bulletin*, Farnham (Qué.), Publications CCH, octobre 1998, 4.
- GOUBAU, D., "L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible" (1998) 1 : 7 *Revue trimestrielle de droit familial* 7.
- GOUBAU, D., "Sécurité juridique et discrétion judiciaire : un difficile équilibre dans la fixation des pensions alimentaires pour enfants" dans *Développements récents en droit familial* (1999), Service de la formation permanente, Barreau de Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 45.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., "Les récents développements en droit familial : allocution présentée au Colloque organisé par le service de formation permanente du Barreau du Québec tenu à Montréal le 17 septembre 1992 et à Québec le 18 septembre 1992" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 259.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., "Au-delà des mythes : justice" (1994) 7 *Revue Femmes et Droit* 1.
- L'HEUREUX-DUBÉ, C., "Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context" (1994) 26 *Ottawa Law Review* 551.
- MAMO, A.-A., "Apportionment of Child Care Costs : the Emergence of Judicial Guidelines" (1995-96) 13 C.F.L.Q. 111.
- MCLEOD, J.G., "Le système proposé de lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire" dans *Pensions alimentaires pour enfants - Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, Ottawa, 1997, F-29.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, "Les lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants" dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal (Qué.), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1997, 313.

- PARENT, N., "L'application des nouvelles règles de fixation des pensions alimentaires depuis le 1^{er} mai 1997" dans *Développements récents en droit familial* (1998), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1998, 27.
- PASK, E.D., "Gender Bias and Child Support : Sharing the Poverty ?" (1994) 10 C.F.L.Q. 33.
- PASK, E.D. et M. L. McCALL, "How Much and Why ? An Overview" (1989) 5 C.F.L.Q. 129.
- PAYNE, J.D., "Spousal and Child Support After *Moge, Willick* and *Levesque*" (1994-95) 12 C.F.L.Q. 261.
- PAYNE, J.D., "Contracting Out of Spousal and Child Support Under the Divorce Act" (1995-96) 14 C.F.L.Q. 1.
- PAYNE, J.D., Book Review, "Child Support Guidelines : Interpretation and Application. Laura W. Morgan. New York : Aspen Law and Business" (1997-98) 15 C.F.L.Q. 133.
- PILON, S., "La pension alimentaire comme facteur d'appauvrissement des femmes et des enfants en droit québécois" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 349.
- PILON, S., "Comment plaider une pension alimentaire pour l'enfant mineur : les critères de fixation d'une telle pension" dans *Développements récents en droit familial* (1994), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1994, 67.
- ROGERSON, C.J., "Judicial Interpretation of the Spousal and Child Support Provision of the *Divorce Act 1985 (Part II)*" (1991) 7 C.F.L.Q. 271.
- SELIK, K., "Child Support - The View from Mars" (1996-1997) 20 *Canadian Lawyer* 46.
- THOMPSON, D.A.R., "Difficultés excessives" dans *Pensions alimentaires pour enfants - Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, Ottawa, 1997, H-3.
- VERDON, J., "Les nouveaux barèmes québécois de fixation des pensions alimentaires; les 100 premiers jours. (vers une stabilité qui déstabilise !)", dans *Développements récents en droit familial* (1997), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville (Qué.), Yvon Blais, 1997, 223.
- WILLIAMS, R.J., "Quantification of Child Support" (1989) 18 R.F.L. (3d) 234 .
- WILLIAMS, R.J., "Grasping a Thorny Baton... A Trial Judge Looks at Judicial Notice and Courts' Acquisition of Social Science" (1996-97) 14 C.F.L.Q. 179.
- ZWEIBEL, E.B., "Child Support Policy and Child Support Guidelines : Broadening the Agenda" (1993) 6 *Revue Femmes et Droit* 371.

Monographies

- GOUBAU, D., "Les aliments" dans *Droit de la famille québécois*, Farnham (Qué.), Publications CCH, 1998, 5,001.
- HOLMES, O.W. Jr., *The Common Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1881.
- MACDONALD, J.C. et WILTON, A.C., *Child Support Guidelines in Divorce Proceedings : A Manual*, Scarborough, Carswell, 1996.
- McLEOD, J. G. et MAMO, A.A., *Annual Review of Family Law 1999*, Toronto, Carswell, 1999.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Pensions alimentaires pour enfants - Manuel concernant les Lignes directrices fédérales*, Ottawa, 1997.
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Pensions alimentaires pour enfants - Cahier d'application détaillé*, Ottawa, 1997.
- PAYNE, J.D., *Payne on Divorce*, 4th ed., Toronto, Carswell, 1996.
- SOPINKA, J., LEDERMAN, S.N. et BRYANT, A.W., *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992.

Doctrine de droit comparé

Périodiques

- ACHTEN, V., "Living Life by Formula" (1995-1996) 13 C.F.L.Q. 205.
- BERGMANN, B. R., WETCHLER, S, "Child Support Awards : State Guidelines vs Public Opinion" (1995) 29 *Family Law Quarterly* 483.
- BISSETT-JOHNSON, A. et FITZPATRICK, J., "Reform of the Law of Child Support : by Judicial Decision or by Legislation ? (pt.2)" (1996) 75 R du B. Can 1.
- CAMPBELL-HAYNES, M., Book Review, "A Review of *Child Support Guidelines : Interpretation and Application* - by LAURA W. MORGAN, Aspen Law and Business" (1997) 31 *Family Law Quarterly* 133.
- DOLGIN, J, "Why Has the Best-Interest Standard Survived ? The Historic and Social Context" (1996) 16 *Children's Legal Rights Journal* 2.
- ELROD, L. D., SPECTOR R. G., "A Review of the Year in Family Law : of Welfare Reform, Child Support, and Relocation" (1997) 30 *Family Law Quarterly* 765.

- GARFINKEL, I et MELLI, M.S., "The Use of Normative Standards in Family Law Decisions : Developing Mathematical Standards for Child Support" (1990) 24 *Fam. L.Q.* 157.
- MORGAN, L. W., "Child Support and the Anomalous Cases of the High-Income and Low-Income Parent : the Need to Reconsider What Constitutes "Support" in the American and Canadian Child Support Guideline Models" (1996) 13 *Canadian Journal of Family Law* 161.
- OLDHAM, J.T., "Lessons from the New English and Australian Child Support Systems", texte dactylographié d'une communication à la conférence régionale nord-américaine de l'Association internationale de droit familial : *Les relations parents-enfants en droit nord-américain*, Québec, juin 1996.
- SCHNEIDER, C. E., "The Tension Between Rules and Discretion in Family Law : A Report and Reflection" (1993) 27 *Family Law Quarterly* 229.
- TAKAS, M., "Improving Child Support Guidelines : Can Simple Formulas Address Complex Families ?" (1992) 26 *Family Law Quarterly* 141.
- THOENNES, N., TJADEN P., PEARSON, J., "The Impact of Child Support Guidelines on Award Adequacy, Award Variability and Case Processing Efficiency" (1991) 25 *Family Law Quarterly* 325.

Monographies

- MORGAN, L.W., *Child Support Guidelines : Interpretation and Application*, New York, Aspen Law & Business, 1996 [mise à jour 1998].
- THÉRY, I, *Le démariage*, chapitre III, "L'intérêt de l'enfant", Paris, Éditions Odile Jacob, 1996.

Commentaires d'arrêts

- CASTELLI, M. D., "Commentaire d'arrêt de *Willick c. Willick* (1995) 74 R. du B. Can. 484.
- McLEOD, J.G., "Annotation", *Levesque c. Levesque* (1994), 4 R.F.L. (4th) 377.
- McLEOD, J.G., "Annotation", *Edwards (Pereira) c. Edwards* (1994), 5 R.F.L. (4th) 323.
- McLEOD, J.G., "Case Comment : *Willick v. Willick* (6 R.F.L. (4th) 161)" (1994) 6 R.F.L.(4th) 281.
- McLEOD, J.G., "Annotation", *Vincent c. Vincent* (1995), 15 R.F.L.(4th) 275.
- McLEOD, J.G., "Annotation", *Greco c. Levin* (1991), 33 R.F.L. (3d) 405.

McLEOD, J.G., "Annotation", *Andries c. Andries* (1998), 36 R.F.L. (4th) 176.

McLEOD, J.G., "Annotation", *Bially c. Bially* (1997), 28 R.F.L. (4th) 418.

McLEOD, J.G., "Annotation", *Blain-Hughes c. Blain* (1998), 39 R.F.L. (4th) 328.

McLeod, J.G., "Annotation", *Pohlod c. Bialejew* (1998), 38 R.F.L. (4th) 35.

McLEOD, J.G., "Annotation", *Baker c. Baker* (1999), 49 R.F.L. (4th) 163.

Table de la jurisprudence citée

Jurisprudence québécoise

- Droit de la famille-148*, [1991] R.D.F. 628 (C.S.)
Droit de la famille-182, [1985] C.A. 92
Droit de la famille-590, [1989] R.D.F. 73 (C.S.)
Droit de la famille-739, [1990] R.D.F. 22 (C.A.)
Droit de la famille-838, [1990] R.D.F. 377 (C.A.)
Droit de la famille-842, [1990] R.D.F. 358 (C.A.)
Droit de la famille-927, [1991] R.D.F. 21 (C.A.)
Droit de la famille-941, [1991] R.D.F. 502 (C.A.)
Droit de la famille-954, [1992] R.D.F. 156 (C.A.)
Droit de la famille-1018, [1987] R.D.F. 447 (C.A.)
Droit de la famille-1093, [1987] R.D.F. 188 (C.A.)
Droit de la famille-1115, [1987] R.D.F. 356 (C.S.)
Droit de la famille-1142, [1988] R.D.F. 10 (C.S.)
Droit de la famille-1188, [1990] R.D.F. 119 (C.A.)
Droit de la famille-1247, [1989] R.D.F. 274 (C.S.)
Droit de la famille-1272, [1989] R.D.F. 599 (C.S.)
Droit de la famille-1550, [1992] R.D.F. 160 (C.A.)
Droit de la famille-1566, [1992] R.D.F. 222 (C.A.)
Droit de la famille-1744, [1993] R.D.F. 319 (C.A.)
Droit de la famille-1755, [1993] R.J.Q. 671 (C.A.)
Droit de la famille-1866, [1993] R.D.F. 603 (C.S.)

- Droit de la famille-1945*, [1994] R.D.F. 209 (C.A.)
- Droit de la famille-2195*, [1995] R.D.F. 298 (C.S.)
- Droit de la famille-2196*, [1995] R.D.F. 303 (C.S.)
- Droit de la famille-2284*, [1995] R.D.F. 710 (C.S.)
- Droit de la famille-2286*, [1995] R.D.F. 739 (C.S.)
- Droit de la famille-2295*, [1995] R.D.F. 770 (C.S.)
- Droit de la famille-2354*, [1996] R.D.F. 158 (C.S.)
- Droit de la famille-2430* (7 décembre 1999), Cowansville 455-04-000034-957, J.E. 2000-347 (C.S.)
- Droit de la famille-2497*, [1996] R.D.F. 768 (C.S.)
- Droit de la famille-2520* (9 avril 1999), Montréal 500-12-220334-944, J.E. 99-1023 (C.S.)
- Droit de la famille-2569*, [1997] R.D.F. 67 (C.A.)
- Droit de la famille-2702*, [1997] R.J.Q. 1960 (C.S.)
- Droit de la famille-2713*, [1998] R.D.F.29 (C.S.)
- Droit de la famille-2718*, [1997] R.J.Q. 2279 (C.S.)
- Droit de la famille-2752*, [1997] R.D.F. 706 (C.S.)
- Droit de la famille-2753* [1997] R.D.F. 703 (C.S.)
- Droit de la famille-2761*, [1997] R.J.Q. 2526 (C.S.)
- Droit de la famille-2774*, [1997] R.D.F. 876 (C.S.)
- Droit de la famille-2772*, [1997] R.D.F. 745 (C.S.)
- Droit de la famille-2794*, [1997] R.D.F. 760 (C.S.)
- Droit de la famille-2820*, [1997] R.D.F. 820 (C.S.)
- Droit de la famille-2826*, [1997] R.D.F. 823 (C.S.)
- Droit de la famille-2848*, [1998] R.D.F. 84 (C.S.)
- Droit de la famille-2852*, [1998] R.D.F. 92 (C.S.)
- Droit de la famille-2871*, [1998] R.D.F. 111 (C.S.)
- Droit de la famille-2873*, [1998] R.J.Q. 413 (C.A.)
- Droit de la famille-2878*, [1998] R.D.F. 115 (C.S.)
- Droit de la famille-2889*, [1998] R.D.F. 72 (C.S.)
- Droit de la famille-2900*, [1998] R.D.F. 134 (C.S.)

- Droit de la famille-2943*, [1998] R.D.F. 204 (C.S.)
- Droit de la famille-2951*, [1998] R.D.F. 317 (C.S.)
- Droit de la famille-2952*, [1998] R.D.F. 227 (C.S.)
- Droit de la famille-2962*, [1998] R.J.Q. 1123 (C.S.)
- Droit de la famille-2962* (5 mai 1998), Montréal 500-09-006407-985, J.E. 98-1443 (C.A.)
- Droit de la famille-3006*, (6 mai 1998), Québec 200-09-001792-974, J.E. 98-1173 (C.A.)
- Droit de la famille-3026*, [1998] R.D.F. 393 (C.A.)
- Droit de la famille-3034*, [1998] R.J.Q. 1706 (C.A.)
- Droit de la famille-3082*, (15 juillet 1998), Terrebonne 700-04-000425-881, J.E. 98-1804 (C.S.)
- Droit de la famille-3084*, [1998] R.D.F. 627 (C.S.)
- Droit de la famille-3136*, [1998] R.D.F. 605 (C.A.)
- Droit de la famille-3140* (7 octobre 1998), Québec 200-09-002043-989, J.E. 98-2131 (C.A.)
- Droit de la famille-3142*, [1998] R.J.Q. 3054 (C.S.)
- Droit de la famille-3050*, [1998] R.J.Q. 1876 (C.S.)
- Droit de la famille-3150* [1998] R.D.F. 721 (C.S.)
- Droit de la famille-3150* (26 novembre 1999), Québec 200-04-00411-975, J.E. 2000-94 (C.S.)
- Droit de la famille-3151*, [1998] R.D.F. 599 (C.A.)
- Droit de la famille-3155*, [1998] R.D.F. 738 (C.S.)
- Droit de la famille-3165*, [1998] R.J.Q. 2950 (C.A.)
- Droit de la famille-3210*, [1999] R.D.F. 73 (C.S.)
- Droit de la famille-3224*, [1999] R.D.F. 131 (C.S.)
- Droit de la famille-3228*, [1999] R.J.Q. 1356 (C.A.)
- Droit de la famille-3287* (19 avril 1999), Québec 200-04-005580-988, J.E. 99-972 (C.S.)
- Droit de la famille-3289*, [1999] R.D.F. 347 (C.S.)
- Droit de la famille-3359*, [1999] R.D.F. 508 (C.S.)
- Droit de la famille-3366* (2 juin 1999), Montréal 500-12-238620-979, J.E. 99-1437 (C.S.)
- Droit de la famille-3383*, [1999] R.D.F. 563 (C.S.)
- Droit de la famille-3388* (8 juillet 1999), Longueuil 505-12-015-728-960, J.E. 99-1761 (C.S.)
- Droit de la famille-3423*, [1999] R.D.F. 717 (C.S.)

Droit de la famille-3515 (14 janvier 2000), Montréal 500-04-004146-958, J.E. 2000-297 (C.S.)

Droit de la famille-3562 (3 mars 2000), Rimouski 100-12-006321-957, J.E. 2000-669 (C.S.)

Droit de la famille-3572 (7 mars 2000), Québec 200-12-051784-941, J.E. 2000-758 (C.S.)

Ménard c. Ricard, [1974] C.A. 157

Montnigny c. Bergeron, [1978] C.A. 371

Ruel c. Thomas [1982] C.A. 357

Jurisprudence canadienne

Adams c. Loov (1998), 40 R.F.L. (4th) 222 (Alta. Q.B.)

Andries c. Andries (1998), 36 R.F.L. (4th) 175 (Man. C.A.)

Baker c. Baker (1999), 49 R.F.L. (4th) 162 (B.C. C.A.)

Baker c. Francis, (16 septembre 1999), C.S. Can. 26562, J.E. 99-1813 (C.S.C.)

Birmingham c. Birmingham (1994), 20 Alta.L.R. (3d) 429 (C.A.)

Blackburn c. Elmitt (1997), 34 R.F.L. (4th) 184 (B.C. S.C.)

Blain-Hughes c. Blain (1998), 39 R.F.L. (4th) 327 (Ont. Gen. Div.)

Brodland c. Brodland (1997), 34 R.F.L. (4th) 79 (Sask. Q.B.)

Burggraaf c. Burggraaf (1998), 40 R.F.L. (4th) 26 (Ont. Gen. Div.)

Campbell-Cardwell c. Cardwell (1994), 11 R.F.L. (4th) 204 (Alta. C.A.)

Campbell c. Martijn (1997), 40 R.F.L. (4th) 41 (P.E.I. T.D.)

Carnall c. Carnall (1998), 37 R.F.L. (4th) 392 (Sask. Q.B.)

Cornelius c. Andres (1998), 36 R.F.L. (4th) 436 (Man. Q.B.)

Crawley c. Tobin (1998), 42 R.F.L. (4th) 327 (Nfld. Unif. Fam. Ct.)

Davidson c. Davidson (1998), 42 R.F.L. (4th) 154 (Alta. Q.B.)

Dergousoff c. Dergousoff (1998), 48 R.F.L. (4th) 1 (Sask., C.A.)

Digout c. Digout (1999), 178 D.L.R. (4th) 588 (N.S. C.A.)

DiMarco c. DiMarco (1992), 41 R.F.L. (3d) 235 (Ont. Gen. Div.)

Duncan c. Duncan (1999), 178 D.L.R. (4th) 760 (B.C. C.A.)

- Edwards (Pereira) c. Edwards* (1994), 133 N.S.R. (2d) 8 (C.A.)
- Ellis c. Ellis* (1997), P.E.I.R. 193 (P.E.I. S.C.)
- Ewart c. Miller* (1997), 34 R.F.L. (4th) 408 (Sask. Q.B.)
- Fibigier c. Fibigier* (1997), 38 R.F.L. (4th) 258 (B.C. S.C.)
- Fichter c. Kofoed* (1998), 161 D.L.R. (4th) 189 (Sask. C.A.)
- Garard c. Garard* (1998), 164 D.L.R. (4th) 347 (B.C. C.A.)
- Giles c. Giles* (1980), 15 R.F.L. (2d) 286 (Ont. C.A.)
- Gore Hickman (Hubbard) c. Gore Hickman* (199), 177 D.L.R. (4th) 222 (Sask. Q.B.)
- Green c. Green* (1995), 11 R.F.L. (4th) 207 (Alta. Q.B.)
- Greenwood c. Greenwood* (1998), 37 R.F.L. (4th) 422 (B.C. S.C.)
- Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518
- Holtskog c. Holtskog* (1999), 47 R.F.L. (4th) 162 (Sask. C.A.)
- Hoover c. Hoover* [1997] N.W.T.J No 43 (N.W.T. S.C.)
- Hutton c. Hutton* (1985), 48 R.F.L. (2d) 451 (Ont. Co. Ct.)
- Jackson c. Holloway* (1997), 35 R.F.L. (4th) 272 à la p. 277 (Sask. Q.B.)
- Krislock c. Krislock* (1997), 34 R.F.L. (4th) 420 (Sask. Q.B.)
- Levesque c. Levesque*, (1994), 20 Alta L.R. (3d) 429 (Alta. C.A.)
- Levesque c. Levesque* (n° 2) (1995), 166 A.R.1 (Q.B.)
- Mayo c. O'Connell* (1998), 42 R.F.L. (4th) 193 (Nfld. Unif. Fam. Ct.)
- McLaughlin c. McLaughlin*, (1998) 167 D.L.R. (4th) 39 (B.C. C.A.)
- MacLeod c. Druhan* (1997), 34 R.F.L. (4th) 206 (N.S. Fam. Ct.)
- Menage c. Hedges* (1987), 8 R.F.L. (3d) 225 (Ont. Unif. Fam. Ct.)
- Meuser c. Meuser* (1998), 40 R.F.L. (4th) 295 (B.C. S.C.)
- Middleton c. MacPherson* (1997), 29 R.F.L. (4th) 334 (Alta. Q.B.)
- Miller c. McClement* (1997), 35 R.F.L. (4th) 83 (Sask. Q.B.)
- Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813
- Moosa c. Moosa* (1990), 26 R.F.L. (3d) 107 (Ont. Dist. Ct.)
- Murray c. Murray* (1991), 35 R.F.L. (3d) 449 (Alta. Q.B.)
- Nataros c. Nataros* (1998), 40 R.F.L. (4th) 295 (B.C. Master)

- Nishnik c. Smith* (1998), 39 R.F.L. (4th) 105 (Sask, Q.B.)
- O'Hara c. O'Hara* (1997), 33 R.F.L. (4th) 37 (Sask. Q.B.)
- Paras c. Paras* (1971), 2 R.F.L. 130 (Ont. C.A.)
- Parson c. Parson* (1994), 9 R.F.L. (4th) 437 (Alta. Q.B.)
- Petrocco c. Von Michalofski* (1997), 36 R.F.L. (4th) 278 (Ont. Gen. Div.)
- Pohlod c. Bielajew* (1998), 38 R.F.L. (4th) 35 (Ont. Gen. Div.)
- Raftus c. Raftus* (1998), 37 R.F.L. (4th) 59 (N.S. C.A.)
- R. (E.K.) c. W. (G.A.)* (1997), 32 R.F.L. (4th) 202 (Man. Q.B.)
- Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857
- Robinson c. Domin* (1998), 39 R.F.L. (4th) 92 (BC. S.C.)
- Sanders c. Sanders* (1998), 42 R.F.L. (4th) 239 (Alta. C.A.)
- Scharf c. Scharf* (1997), 40 R.D.F. (4th) 422 (Ont. Gen. Div.)
- Scotcher c. Hampson* (1998), 41 R.F.L. (4th) 271 (Ont. Gen. div.)
- Sherman c. Sherman* (1999), 45 R.F.L. (4th) 424 (Ont. C.A.)
- Skelton c. Skelton* (1992), 44 R.F.L. (3d) 87 (Man. C.A.)
- Syvitski c. Syvitski* (1988), 86 N.S.R. (2d) 248 (Fam. Ct.)
- Thibaudeau c. La Reine*, [1995] 2 R.C.S. 627
- Thomson c. Howard* (1997), 33 R.F.L. (4th) 45 (Ont. Gen. Div.)
- Trembath c. Trembath* (1993), 47 R.F.L. (3d) 193 (Ont. Gen. Div.)
- Van Gool c. Van Gool* (1998), 44 R.F.L. (4th) 314 (B.C. C.A.)
- Vincent c. Vincent* (1995), 15 R.F.L. (4th) 273 (Nfld. C.A.)
- V.(J.A.) c. V. (M.C.)* (1998), 7 W.W.R. 443 (B.C. C.A.)
- Walkeden c. Zemlack* (1997), 33 R.F.L. (4th) 52 (Sask. Q.B.)
- Wang c. Wang* (1998), 39 R.F. (4th) 426 (B.C. C.A.)
- Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670
- Woodside c. Woodside* (1994), 8 R.F.L. (4th) 430 (Alta. Q.B.)