



La pension alimentaire rétroactive au profit des enfants : avantages et inconvénients

Préparé par :
Shelley Kierstead

Présenté à la
Section de la famille, des enfants et des adolescents
ministère de la Justice du Canada

Mars 2009



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

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

Also available in English under the title : *Retroactive Child Support: Benefits and Burdens*

© Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2009

La pension alimentaire rétroactive au profit des enfants : avantages et inconvénients

*Shelley Kierstead **

(Mars 2009)

Introduction

La décision que la Cour suprême du Canada a rendue en 2006 dans quatre affaires¹ portant sur la pension alimentaire rétroactive au profit des enfants a été citée par bon nombre de tribunaux canadiens. Il semble juste de dire que le critère que la Cour suprême a établi dans l'arrêt *SRG* pour décider si une ordonnance alimentaire rétroactive au profit des enfants devrait être rendue et, dans l'affirmative, pour en déterminer la période et le montant, continue de faire l'objet d'interprétations et de commentaires.

Dans le texte qui suit, l'auteure tente de décrire les questions en jeu dans les demandes de pension alimentaire rétroactive, le raisonnement que le juge Bastarache a suivi dans le jugement majoritaire et les points de divergence exprimés dans les motifs concordants que la juge Abella a rédigés pour la minorité. Elle tente également de décortiquer l'analyse menée dans l'affaire et de souligner les complexités qui découlent du jugement et qui ont été exposées tant dans des décisions subséquentes que par différents auteurs et professionnels du droit de la famille². Enfin, elle termine par une liste de conseils à l'intention des avocats saisis de dossiers qui portent sur la pension alimentaire pour enfants.

1. Façon dont la question de la pension alimentaire rétroactive a été portée devant la Cour suprême du Canada

L'analyse de la Cour suprême du Canada s'appliquait explicitement à trois affaires de l'Alberta, soit trois que la Cour d'appel de l'Alberta avait réunies³ et une quatrième que la Cour suprême a ajoutée⁴. Dans chaque affaire, le parent qui touchait une pension alimentaire au profit d'un enfant voulait obtenir une pension à l'égard d'une période antérieure, plus précisément un montant correspondant à l'obligation alimentaire attribuable au revenu du parent payeur pendant cette période⁵. Ces demandes étaient problématiques en ce que les obligations précises qui étaient invoquées n'avaient pas été explicitées dans une ordonnance ou une entente; si tel avait été le cas, les parties demanderesses auraient sollicité les arrérages accumulés au fil des années. Or, comme la Cour suprême du Canada l'a souligné, les réclamations concernaient plutôt le caractère exécutoire et la détermination du montant de « l'obligation alimentaire qui n'a pas été

* Professeure adjointe, Osgoode Hall Law School.

exécutée et dont on n'a pas demandé l'exécution pendant la période où elle aurait existé »⁶.

Dans bien des cas, une demande de cette nature est formulée lorsque l'obligation alimentaire a été réglée conformément à une entente ou à une ordonnance judiciaire⁷ et que, par la suite, le revenu du payeur augmente, mais non la pension alimentaire payée. Comme la Cour l'a reconnu dans *SRG*, l'obligation alimentaire invoquée en pareil cas n'est pas véritablement « rétroactive » : le payeur n'est pas appelé à se conformer à une obligation juridique qui n'existait pas dans le passé. Le bénéficiaire demande plutôt que le payeur soit tenu responsable des obligations qui auraient été associées à son revenu pendant la période en question, si la pension alimentaire avait alors été recalculée. En bout de ligne, la Cour devait décider si elle pouvait ordonner le paiement de cette pension alimentaire « rétroactive » et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances elle devrait le faire.

Avant de passer en revue l'analyse de la Cour, il convient d'examiner le contexte législatif de cette question. Un changement important touchant la nature des obligations alimentaires à l'endroit des enfants est survenu en 1997, lorsque la *Loi sur le divorce*⁸ a été modifiée et que les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*⁹ sont entrées en vigueur. Selon le régime actuel applicable à la pension alimentaire pour enfants, dans une situation où, après la séparation, un parent a la garde des enfants pendant la majeure partie du temps tandis que l'autre parent exerce des droits de visite, il est présumé que la personne avec laquelle les enfants restent la plupart du temps veillera automatiquement à assurer leur bien-être en fonction de sa capacité financière. L'obligation alimentaire de l'autre parent est calculée à l'aide d'une table qui précise les montants à payer selon chaque niveau de revenu. Autrement dit, l'obligation du payeur est directement liée à son revenu (ainsi qu'au nombre d'enfants pour lesquels l'obligation alimentaire existe et à la province de résidence)¹⁰. Le montant mensuel figurant dans les *Lignes directrices* représenterait approximativement la part du revenu d'une personne pouvant être transférée à bon droit, eu égard à la capacité de payer de cette même personne.

L'utilisation des niveaux de revenu comme fondement du calcul de la pension alimentaire constitue un écart par rapport au régime qui s'appliquait avant l'entrée en vigueur des *Lignes directrices*. En effet, auparavant, la pension alimentaire était déterminée au moyen du calcul des besoins des enfants, fondés sur les budgets fournis par les parents, puis de la part du montant nécessaire que chaque parent devrait verser, eu égard à sa capacité financière¹¹.

Pour bien comprendre le jugement de la Cour suprême du Canada, il faut aussi savoir que ni la *Loi sur le divorce*¹², ni les *Lignes directrices*¹³ n'obligent explicitement un parent à majorer ses paiements au fur et à mesure que son revenu augmente. Les principales

dispositions qui portent sur cette question sont énoncées à l'article 25 des *Lignes directrices* :

- 25.** (1) Le débiteur alimentaire doit, sur demande écrite de l'autre époux ou du cessionnaire de la créance alimentaire, au plus une fois par année après le prononcé de l'ordonnance et tant que l'enfant est un enfant au sens des présentes lignes directrices, lui fournir
- a) les documents visés au paragraphe 21(1) pour les trois dernières années d'imposition, sauf celles pour lesquelles ils ont déjà été fournis;
 - b) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur l'état des dépenses qui sont prévues dans l'ordonnance en vertu du paragraphe 7(1);
 - c) le cas échéant, par écrit, des renseignements à jour sur les circonstances sur lesquelles s'est fondé le tribunal pour établir l'existence de difficultés excessives.

Ces dispositions imposent à l'époux bénéficiaire l'obligation de demander à l'époux payeur de divulguer son revenu. Un des facteurs qui compliquent cette analyse est la question de savoir si, pendant la période au cours de laquelle le bénéficiaire ne fait pas cette demande et n'engage pas de procédures (que ce soit par des négociations informelles ou une demande devant le tribunal) afin de modifier les montants de la pension alimentaire conformément aux nouveaux renseignements reçus au sujet du revenu, le parent payeur a le droit de présumer qu'il n'est pas tenu de rajuster la pension alimentaire qu'il paie pour ses enfants. De plus, lorsque l'époux bénéficiaire demande une hausse de la pension alimentaire après un certain temps, jusqu'à quel point cette « présomption » selon laquelle le parent payeur n'avait aucune autre obligation touche-t-elle l'analyse?

2. Comment la Cour suprême du Canada a-t-elle examiné les questions?

A. Établissement de l'obligation

S'exprimant au nom de la majorité¹⁴, le juge Bastarache a commencé son analyse en soulignant que le fait d'être parent établit en soi l'existence d'une obligation alimentaire : « dès la naissance de l'enfant, ces derniers [les parents] sont appelés à en être les gardiens et à subvenir à ses besoins »¹⁵. Pendant plus d'un siècle, ce lien parent-enfant a été perçu comme un lien donnant lieu à des obligations tant morales que juridiques¹⁶. Le droit de l'enfant à des aliments continue d'exister après la rupture du mariage de ses parents¹⁷. De plus, les aliments doivent autant que possible permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents¹⁸.

La Cour a reconnu une distinction clé entre l'existence d'une obligation et l'exécution d'une obligation non remplie. De toute évidence, il n'était pas difficile de conclure à l'existence d'une obligation continue de payer des aliments au profit des enfants en fonction du revenu. Cependant, au Canada, le mécanisme permettant de faire exécuter¹⁹ cette obligation continue consiste à présenter une demande au tribunal en application de la *Loi sur le divorce* ou d'une loi provinciale ou territoriale. Le législateur aurait pu

choisir un mécanisme d'exécution différent et, effectivement, l'article 25.1 de la *Loi sur le divorce* prévoit des accords fédéraux-provinciaux autorisant le service provincial des aliments pour enfants à fixer à intervalles réguliers un nouveau montant au titre de la pension alimentaire au profit d'un enfant²⁰; compte tenu de cette décision politique, il incombe en partie au parent bénéficiaire de veiller à ce que le parent payeur respecte son obligation²¹. Cependant, l'existence d'un régime fondé sur la présentation d'une demande n'empêche pas le tribunal d'envisager des ordonnances rétroactives, si l'enfant est un enfant du mariage au sens de la *Loi sur le divorce*²² et a donc droit à des aliments lors du dépôt de la demande d'ordonnance alimentaire rétroactive. La question de savoir si une ordonnance alimentaire rétroactive devrait être rendue dans un cas donné dépendra du texte législatif en vigueur dans la juridiction en cause, de la loi qui s'applique à la situation examinée et de l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire²³.

B. Exécution de l'obligation — étape 1

De l'avis de la Cour suprême du Canada, il est important d'assurer un équilibre entre la certitude dont le parent payeur a besoin et la souplesse nécessaire dans l'exécution des obligations parentales :

Contrairement à l'ordonnance pour l'avenir, l'ordonnance rétroactive peut, dans ce domaine du droit, rompre le subtil équilibre entre la certitude et la souplesse. Lorsque la situation change, l'équité exige que les obligations s'y adaptent. Néanmoins, lorsque les obligations semblent être bien établies, l'équité commande également qu'on ne les modifie pas sans raison²⁴.

Le parent payeur a de très bonnes raisons d'invoquer la certitude lorsqu'il s'est conformé à une ordonnance judiciaire valide. Toutefois, les parents doivent comprendre que l'ordonnance est fondée sur les circonstances qui existaient lorsqu'elle a été rendue. Il est encore possible qu'un changement des circonstances sous-jacentes donne lieu à une modification des obligations.

Selon le juge Bastarache, le parent payeur est moins bien placé pour invoquer la certitude lorsque l'obligation a été établie dans une entente privée, malgré le poids qui doit indéniablement être accordé à ce type d'entente : « le parent débiteur qui est partie à un accord de séparation non entériné par le tribunal ne peut donc être justifié de croire, au même titre que celui qui se conforme à une ordonnance judiciaire, qu'il s'acquitte de son obligation légale »²⁵. Enfin, le parent payeur ne peut invoquer ce droit à la certitude lorsqu'aucune entente ou ordonnance n'existe²⁶.

L'aspect suivant de l'analyse concerne l'examen par la Cour des circonstances particulières de l'espèce. Une des questions qui se posent dans ce contexte est de savoir si l'enfant était admissible à toucher une pension alimentaire lors de la demande²⁷. Lorsque ce critère de base est établi, il faut ensuite s'attarder aux raisons pour lesquelles l'époux bénéficiaire a tardé à présenter la demande de pension alimentaire rétroactive. De l'avis du juge Bastarache, ce délai aurait pour effet de renforcer la perception du parent payeur

selon laquelle il s'est conformé adéquatement à ses obligations. Selon la Cour, une raison acceptable au soutien du délai serait l'existence d'une situation où le demandeur craindrait que le parent payeur ne « réagisse de manière vindicative à la demande, et ce, au détriment de la famille »²⁸. Une excuse raisonnable pourrait également exister dans les cas où le demandeur n'est pas financièrement ou émotionnellement en mesure de présenter une demande ou a obtenu des conseils juridiques inadéquats. Cependant, « le parent créancier n'avait pas de motif valable s'il savait qu'un montant supérieur était exigible, mais qu'il a arbitrairement décidé de ne pas présenter de demande »²⁹. De plus, comme l'a souligné une auteure :

[TRADUCTION] La différence entre un délai raisonnable et un délai déraisonnable est souvent déterminée par la conduite du parent *payeur*. Le parent payeur qui informe le parent bénéficiaire en temps opportun des augmentations de son revenu sans l'intimider ou exercer des pressions sur lui aura agi de façon à s'assurer, le plus souvent, que tout délai subséquent sera jugé non raisonnable³⁰.

Après avoir évalué la conduite du parent bénéficiaire, la Cour se penche ensuite sur celle du parent payeur, soulignant que la certitude de celui-ci perd de son importance lorsqu'il s'est comporté de manière « répréhensible »³¹. En quoi consiste donc un comportement répréhensible qui affaiblit la position du parent débiteur en ce qui a trait à la certitude? Il s'agit de « tout acte du parent débiteur qui tend à faire passer ses intérêts avant le droit de l'enfant à une pension alimentaire d'un montant approprié »³². Le parent payeur qui dissimule son revenu, qui trompe le bénéficiaire au sujet du véritable revenu qu'il touche, qui ignore sciemment son obligation alimentaire ou qui intimide l'autre parent pour le dissuader de demander une pension alimentaire pour l'enfant a un comportement répréhensible³³. Le parent qui, sciemment, se dérobe à son obligation alimentaire ne devrait pas pouvoir tirer avantage d'un tel comportement, bien que le parent payeur qui n'augmente pas automatiquement le montant de la pension alimentaire n'agit pas nécessairement de manière répréhensible.

Pour savoir si le parent payeur s'est comporté de manière répréhensible, il est nécessaire d'évaluer la perception subjective de celui-ci, bien que des indices objectifs soient utiles à cet égard. Ainsi, moins l'écart entre le montant que le parent débiteur paie et celui qu'il aurait dû verser est grand, plus sa croyance selon laquelle il s'acquitte de son obligation sera légitime³⁴. Bien que le respect d'un accord ou d'une ordonnance antérieure permette parfois de présumer que le payeur agissait de manière raisonnable, cette présomption peut être réfutée lorsque la situation financière a suffisamment changé pour que le parent payeur ne puisse plus légitimement croire qu'il lui suffit de se conformer à l'ordonnance ou à l'accord pour s'acquitter de son obligation sans signaler l'accroissement de ses ressources³⁵. Enfin, le comportement du parent payeur peut militer contre une ordonnance rétroactive, par exemple, lorsque ce parent a participé à certaines dépenses au-delà de ce que prévoit une ordonnance ou une entente³⁶.

De l'avis de la Cour, le tribunal doit ensuite tenir compte de la situation actuelle et antérieure de l'enfant pour décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance rétroactive.

L'enfant qui a connu des difficultés dans le passé peut obtenir réparation grâce à une ordonnance rétroactive. Par contre, une telle ordonnance est plus difficile à justifier dans le cas où l'enfant a bénéficié de tous les avantages qu'il aurait obtenus si les deux parents avaient subvenu à ses besoins³⁷. Il convient de souligner que les difficultés éprouvées par d'autres membres de la famille suite aux sacrifices supplémentaires qu'ils ont dû faire pour aider l'enfant, ne sont pas pertinentes pour décider de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité de la pension alimentaire accordée pour l'enfant³⁸.

Les difficultés que pourrait causer une ordonnance rétroactive au payeur devraient également faire partie des facteurs à prendre en compte. Ainsi, le tribunal doit tenir compte des nouvelles obligations familiales du payeur et de la manière dont l'ordonnance rétroactive perturberait la gestion des finances de celui-ci³⁹. Bien que les tribunaux doivent formuler les ordonnances rétroactives de manière à réduire le plus possible les difficultés, il n'est pas toujours possible de les éviter. Selon le juge Bastarache, la mesure dans laquelle le tribunal devrait se préoccuper de cette question est directement liée à la question de savoir si le parent s'est comporté de manière répréhensible⁴⁰.

C. Exécution de l'obligation : étape 2 — date du point de départ

Lorsqu'un tribunal a décidé, après avoir soupesé les facteurs susmentionnés, qu'il convenait de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive, la prochaine question qui se pose est celle de la date à utiliser pour le début de l'application de l'ordonnance. Les dates possibles sont les suivantes : la date à laquelle la situation financière du parent payeur a changé au point où un montant supérieur était dû au titre des aliments, la date à laquelle le parent bénéficiaire a donné au parent payeur un avis formel⁴¹ d'une demande de pension alimentaire supplémentaire, la date à laquelle la demande de modification a été faite et la date à laquelle le parent bénéficiaire a effectivement informé l'autre parent de la nécessité de renégocier les paiements au titre de la pension alimentaire. Selon la Cour, l'utilisation de la date à laquelle des procédures judiciaires ont été engagées aurait pour effet de dissuader les parents de régler le litige qui les oppose de manière informelle :

une instance peut être coûteuse, ouvrir les hostilités et faire en sorte, au bout du compte, que les parents disposent de moins de ressources financières et émotionnelles au moment où les enfants en ont le plus besoin. Pour inciter les parents à régler au mieux les questions relatives au soutien alimentaire de l'enfant, le tribunal ne doit pas les pénaliser s'ils optent pour la voie judiciaire en dernier recours⁴².

En revanche, le juge Bastarache estime que l'utilisation de la date à laquelle la demande aurait pu initialement être présentée porterait indûment atteinte à la certitude du parent payeur⁴³. C'est pourquoi il opte pour la solution mitoyenne de la date de l'information réelle. Dans les motifs concordants qu'elle a rédigés pour la minorité, la juge Abella n'est pas d'accord avec le juge Bastarache sur ce point. Selon la juge, indépendamment de la

date de l'avis, la pension alimentaire devrait être modifiée rétroactivement à la date du changement touchant le revenu :

C'est donc à lui [le parent débiteur] qu'il incombe principalement de faire en sorte que l'enfant en bénéficie dès que cela est raisonnablement possible. Il n'est ni pratique ni réaliste de faire dépendre le respect du droit de l'enfant du moment et de la fréquence auxquels le parent créancier s'informe de la situation financière du parent débiteur. ... Comme l'objet du droit aux aliments varie en fonction du revenu, l'existence de ce droit ne peut dépendre de la présentation d'une demande au nom de l'enfant ou de la communication de l'intention d'en présenter une⁴⁴.

En plus de fixer la date du point de départ qui s'applique de façon générale, la Cour a limité aux trois années précédentes la période pour laquelle le rajustement de la pension alimentaire peut être obtenu. Selon le juge Bastarache, il est généralement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance à plus de trois ans avant l'information réelle du parent débiteur, bien qu'il soit possible de la faire rétroagir à une date antérieure lorsque le parent débiteur s'est comporté de manière répréhensible⁴⁵. De l'avis d'un commentateur, la décision du juge Bastarache [TRADUCTION] « vise à la fois à avertir les parents payeurs de remplir leurs obligations alimentaires envers leurs enfants lorsqu'ils reçoivent l'information réelle relative à la pension alimentaire et à prévenir les parents bénéficiaires de faire valoir leur demande avec rapidité une fois que l'information réelle a effectivement été communiquée⁴⁶.

Encore là, la juge Abella ne souscrit pas à l'opinion du juge Bastarache sur ce point. À son avis, en l'absence d'une indication expresse du législateur en ce sens, la limite de trois ans n'est pas appropriée⁴⁷. De plus, la juge Abella estime que le comportement répréhensible ne joue aucun rôle dans la détermination du moment auquel rétroagit l'ordonnance par laquelle l'enfant recouvre son dû : « l'obligation accrue découle de l'accroissement du revenu; elle est fonction du revenu des parents, et non de leur comportement fautif »⁴⁸.

Un des aspects intéressants de la limite de trois ans réside dans le fait que la question [TRADUCTION] « n'avait pas été portée à l'attention de la Cour d'appel de l'Alberta, pas plus qu'elle n'avait été plaidée par l'une ou l'autre des parties, notamment devant la Cour suprême du Canada, ou mentionnée à quelque moment que ce soit par la Cour »⁴⁹.

Bien que les commentateurs conviennent que la limite de trois ans n'a pas été énoncée comme règle absolue⁵⁰, il se peut que les parties cherchent à obtenir une certaine prévisibilité à cet égard⁵¹. De l'avis de certains, la période de trois ans ne correspond pas toujours à la réalité des familles séparées : [TRADUCTION] « Dans certains cas, les parents veulent attendre que les enfants grandissent afin d'éviter de les mêler à un conflit de nature pécuniaire »⁵².

D. Exécution de l'obligation : étape 3 — montant

Enfin, après avoir déterminé la date à laquelle l'ordonnance rétroactive doit s'appliquer, le tribunal doit fixer le montant qu'il convient d'accorder. Ce montant doit convenir à la situation et il n'est pas recommandé que le tribunal s'en tienne aveuglément aux montants prévus dans les tables applicables⁵³. En résumé, « le tribunal ne devrait pas rendre une ordonnance alimentaire rétroactive dont il juge le montant injuste compte tenu de toutes les circonstances »⁵⁴.

Appliquant les facteurs qu'elle avait énoncés précédemment dans son jugement, la Cour a décidé que la pension alimentaire rétroactive n'était pas indiquée dans deux des affaires, mais qu'elle l'était dans les deux autres. Dans les deux premiers cas, la Cour semble avoir mis l'accent sur le comportement non répréhensible du payeur⁵⁵, tandis que, dans les deux derniers, la conduite répréhensible dont le payeur a fait montre en refusant d'augmenter les versements de pension alimentaire en fonction de son revenu a joué un rôle important dans la décision d'accorder une ordonnance alimentaire rétroactive⁵⁶. De plus, dans l'un des cas où la pension alimentaire rétroactive a été jugée appropriée, le parent bénéficiaire n'avait pu déceler aucun changement touchant le revenu du payeur⁵⁷. Dans l'autre, la Cour a reconnu que, compte tenu du litige précédent qui avait mis à rude épreuve la relation avec sa fille, il était compréhensible que la mère bénéficiaire se soit montrée réticente à engager une nouvelle instance⁵⁸.

3. Réflexions consécutives à l'arrêt de la CSC

Compte tenu de la variété de facteurs à prendre en compte lors de l'examen des demandes de pension alimentaire rétroactive au profit des enfants et de la directive de la Cour suprême du Canada selon laquelle les tribunaux doivent examiner la situation dans son ensemble, il n'est pas étonnant que les juges aient rendu des décisions en fonction du contexte factuel propre aux affaires dont ils étaient saisis, de sorte qu'il est probablement difficile de prévoir le résultat d'une demande donnée. De l'avis de l'auteure, les facteurs qui semblent constituer les points de convergence plus importants dans les litiges portés à l'attention des tribunaux depuis l'arrêt de la CSC résident dans le caractère répréhensible de la conduite du parent payeur et dans l'effet du délai de la part du parent bénéficiaire. En général, les tribunaux semblent interpréter le mot « répréhensible » de façon large, suivant la suggestion de la Cour suprême du Canada⁵⁹. Par ailleurs, il sera peut-être plus difficile de prévoir le critère qui sera appliqué en ce qui a trait à l'impact du retard du bénéficiaire à demander une augmentation de la pension alimentaire. À ce stade-ci, aucun critère définitif ne semble avoir été formulé. Comme D. Smith le souligne :

[TRADUCTION] Nous espérons que, dans *Baldwin c. Funston*, la Cour d'appel de l'Ontario donnerait des indications sur la façon d'évaluer l'obligation du parent bénéficiaire de solliciter la pension alimentaire et l'obligation du payeur d'augmenter les versements de pension alimentaire en fonction de son revenu, dans le contexte d'une situation classique « elle ne l'a pas demandé et il ne l'a pas dit... ». Cependant, la Cour a simplement confirmé les conclusions du juge de première instance sans analyser la question plus à fond⁶⁰.

Il semble également que les tribunaux se pencheront non seulement sur l'élaboration de ce critère, mais également sur la question de la situation passée et actuelle de l'enfant⁶¹, bien que jusqu'à maintenant, relativement peu de cas ont porté sur la question.

De plus, il y a lieu de se demander si les principes énoncés dans l'arrêt *SRG* s'appliquent aux payeurs qui sollicitent une réduction rétroactive de leurs obligations alimentaires envers leurs enfants⁶², bien que cette question n'ait pas été abordée directement dans le jugement de la Cour suprême du Canada. Selon D. Smith, certains chercheront à appliquer le jugement de la Cour suprême aux demandes de réduction rétroactive en invoquant l'argument suivant : [TRADUCTION] « La décision est fondée sur le principe selon lequel la pension alimentaire doit correspondre au revenu et devrait évoluer en fonction du revenu. En pareil cas, il est difficile de conclure qu'une réduction du revenu ne devrait pas, à tout le moins, déclencher l'analyse »⁶³. Il semble que cette justification ait été appliquée à quelques demandes visant à réduire rétroactivement les obligations alimentaires⁶⁴. Toutefois, la conclusion de D. Smith selon laquelle, s'il est possible que des modifications en faveur du payeur puissent être invoquées sur la base du raisonnement suivi dans le jugement, elles seront difficiles à établir dans les faits, est probablement vraie⁶⁵.

Même si l'application des facteurs énoncés dans *SRG* varie en fonction des faits de chaque cas et qu'il est difficile de prévoir les résultats connexes, certains professionnels estiment que l'arrêt *SRG* a eu pour effet d'accroître la certitude en ce qui concerne les attentes globales des clients. Ainsi, Phil Epstein soutient que les clients sont plus conscients aujourd'hui de leur obligation d'accroître la pension alimentaire en fonction de leur revenu ainsi que des conséquences auxquelles ils s'exposent s'ils se dérobent à leur obligation⁶⁶. Selon Epstein et Madsen, [TRADUCTION] « il faut certainement prévenir les payeurs de divulguer les augmentations touchant leur revenu et de verser la pension alimentaire conformément aux Lignes directrices, faute de quoi ils risquent de faire l'objet d'une ordonnance rétroactive plus tard »⁶⁷.

De l'avis de l'auteure, la mise en œuvre de mécanismes de fixation d'un nouveau montant dans chaque province et dans chaque territoire constituerait la façon idéale de promouvoir la certitude et de libérer les parents bénéficiaires de l'obligation d'engager des négociations parfois ardues avec leur ex-partenaire en vue d'accroître les obligations alimentaires de celui-ci. Cependant, jusqu'à ce que ces régimes soient en place, il serait très utile que les avocats envisagent les mesures suivantes⁶⁸ lorsque des dossiers relatifs à la pension alimentaire au profit des enfants leur sont confiés :

A. Avocat du parent bénéficiaire :

- discuter des conséquences de l'arrêt *SRG* avec les clients;
- inclure ou demander que figure dans tous les ententes, règlements amiables et ordonnances judiciaires l'obligation de **divulgation** annuelle prévue à l'article 25 des Lignes directrices;
- inclure ou demander que figure dans tous les ententes, règlements amiables et ordonnances par consentement ou ordonnances judiciaires l'obligation de **rajuster** annuellement la pension alimentaire au profit des enfants en fonction du revenu;
- conseiller aux clients de présenter régulièrement (au plus une fois l'an) une demande écrite de divulgation et de consigner cette démarche également par écrit;
- conseiller aux clients de prendre note des dates de toute demande informelle;
- éviter de prolonger indûment les négociations;
- accumuler des éléments de preuve suffisants au sujet des motifs à l'appui de tout retard à demander une augmentation de la pension alimentaire.

B. Avocat du parent payeur :

- discuter des conséquences de l'arrêt *SRG* avec les clients;
- informer les clients que leur obligation financière envers leurs enfants demeure en vigueur après la rupture de la relation;
- conseiller aux clients de consulter les Lignes directrices et de payer le montant applicable sur une base volontaire;
- conseiller aux clients de divulguer les augmentations de leur revenu sur une base régulière et volontaire;
- informer les clients que l'omission de divulguer les augmentations de leur revenu ou le retard à le faire (surtout après une demande à ce sujet du parent bénéficiaire) peut inciter le tribunal à conclure qu'ils se sont comportés de manière répréhensible et à rendre une ordonnance alimentaire qui s'appliquerait rétroactivement à la date du changement important touchant le revenu.

Même si les calculs de la pension alimentaire rétroactive au profit des enfants continueront de soulever des questions d'interprétation, il est souhaité que les suggestions qui précèdent permettront de réduire l'incertitude future entourant les obligations associées à la modification du revenu et le devoir actuel de chaque partie de permettre aux enfants de bénéficier de la capacité financière de chaque parent.

Notes

¹ *D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231 [SRG].

² L'auteure renvoie à plusieurs articles rédigés au sujet de l'arrêt *SRG*. De plus, les avocats/théoriciens suivants ont généreusement accepté de discuter de l'affaire avec l'auteure : D. Smith, Phil Epstein, Julien Payne, Carole Curtis et Doug Moe.

³ *D.B.S. c. S.R.G.*, 2005 ABA 2; *L.J.W. c. T.A.R.*, 2005 ABCA 3; et *Henry c. Henry*, 2005 ABCA 5.

⁴ *Hiemstra c. Hiemstra*, *SRG supra* note 1.

⁵ Deux des affaires ont été engagées sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, c. P-1, qui a été abrogée depuis, tandis que les deux autres étaient fondées sur la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), et sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. Bien que les tribunaux inférieurs aient accepté de procéder en présumant que l'analyse était commune à chaque situation, la Cour suprême du Canada s'est montrée réticente à cet égard. Au paragraphe 51 du jugement, *supra* note 1, le juge Bastarache s'est exprimé en ces termes :

C'est à regret que j'accepte ce point de vue pour statuer sur les deux pourvois. Les parties ne contestent pas que sous le régime de la *Parentage and Maintenance Act*, les tribunaux albertains ont le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le modèle inhérent au régime fédéral. Toutefois, je ne peux appuyer une démarche préconisant l'application des *Lignes directrices* chaque fois qu'est invoqué le pouvoir discrétionnaire qu'une loi provinciale confère à un tribunal.

Aux fins du présent document, l'analyse législative porte sur les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*.

⁶ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 1.

⁷ Il se peut aussi qu'une demande initiale de pension alimentaire englobe une pension alimentaire rétroactive se rapportant aux années antérieures.

⁸ *Supra* note 5.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Il convient de souligner que cette table prévoit un montant de base à payer au titre de la pension alimentaire. Il arrive souvent que les enfants ont des besoins ou qu'ils participent à des activités spéciales donnant lieu à des frais supplémentaires au titre de l'article 7 des *Lignes directrices*. Selon le principe directeur, ces frais sont répartis entre les parents en fonction de leurs revenus respectifs.

¹¹ Cette méthode aurait été énoncée dans l'arrêt *Paras c. Paras*, (1970), [1971] 1 O.R. 130, 14 D.L.R. (3d) 546 (C.A.).

¹² *Loi sur le divorce*, *supra* note 5, art. 17.

¹³ *Lignes directrices*, *ibid.*, art. 14.

¹⁴ La majorité se composait de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel et Deschamps. La juge Abella a rédigé les motifs concordants de la minorité, auxquels ont souscrit le juge Fish et la juge Charron.

¹⁵ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 36. La décision a été citée par la suite pour cette proposition dans les arrêts *P. H. c. P. H.* (2008) NBCA 17 et *Doe c. Alberta* (2007), ABCA 50. Pour des commentaires intéressants sur les fondements théoriques de l'obligation alimentaire à l'endroit des enfants, voir Lucinda Ferguson, « Retroactivity, Social Obligations, and Child Support » (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 1049.

¹⁶ *SRG*, *ibid.*, paragr. 37. Voir également le paragr. 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, *supra* note 5, qui est ainsi libellé : « Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation ».

¹⁷ *SRG*, *ibid.*, paragr. 38.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Dans le présent document, sauf indication contraire précise, le mot « exécution » s'entend de la confirmation par un tribunal de l'obligation d'un payeur de verser une pension alimentaire au profit d'un enfant plutôt que des mesures prises dans le cadre de différents régimes administratifs provinciaux ou territoriaux pour faire valoir les obligations alimentaires établies.

²⁰ Pour des commentaires intéressants sur l'utilité de ces mécanismes, voir Dena Bonnet « Recalculating D.B.S. : Envisioning a Child Support Recalculation Scheme for Ontario » (2007) 23 *Can. J. Fam. L.* 115. Des services de cette nature existent à Terre-Neuve-et-Labrador, au Manitoba, à l'Île-du-Prince-Édouard et en Colombie-Britannique. Voir ministère de la Justice (Canada), *Répertoire des services gouvernementaux de justice familiale*, en ligne :

<http://canada.justice.gc.ca/fra/pi/fea-fcy/bib-lib/util-tool/apps/rsgjf-fjis/fure-brows.asp>. En Ontario, un projet de loi en cours (projet de loi 133, *Loi modifiant diverses lois en ce qui concerne des questions de droit de la famille et abrogeant la Loi de 2000 sur la protection contre la violence familiale*, 1^{re} session, 39^e législature, Ontario, 2008 — 2^e lecture et renvoyée au Comité permanent sur la politique sociale le 25 février 2009) propose que soit autorisée la création d'un service de nouveau calcul des pensions alimentaires pour enfants. En Alberta, des modifications ont été apportées à la *Family Law Act* en vue d'ajouter un programme de nouveau calcul des pensions alimentaires pour enfants (Lois de l'Alberta, *Family Law Act*, partie 3, Support Obligations, section 1.1 Child Support Recalculation Program, titre ajouté en 2008, ch. 15, art.3; Lois de l'Alberta 2003, ch. F-4.5, art. 55.1-55.8). Ces modifications ne sont pas en vigueur.

²¹ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 57.

²² Si la demande n'est pas présentée sous le régime de la *Loi sur le divorce*, la compétence du tribunal dépendrait des dispositions précises de la loi provinciale ou territoriale constituant le fondement de ladite demande.

²³ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 60 et 94.

²⁴ *Ibid.*, paragr. 96.

²⁵ *Ibid.*, paragr. 77. Au cours des discussions tenues après la décision, certains ont souligné que bon nombre de personnes signent des ententes prévoyant le paiement d'une pension alimentaire plutôt que d'obtenir des ordonnances judiciaires, ce qui montre l'existence d'un intérêt important lié à la confirmation des ententes. Selon Phil Epstein, il importe d'envisager des mécanismes administratifs et législatifs qui permettraient d'assurer le versement des paiements nécessaires au titre de la pension alimentaire et d'éviter l'annulation des ententes : Phil Epstein, discussion en atelier de l'Association du Barreau de l'Ontario

(Section du droit de la famille) sur le thème suivant : « More Certainty from the Supreme Court of Canada : Maybe You Can Get Retroactive Support » (20 septembre 2006) en ligne : <http://www.oba.org> [*Discussion en atelier de l'ABO*].

²⁶ Le survol par l'auteure de 136 décisions dans lesquelles les tribunaux auraient explicitement cherché à « suivre » l'arrêt *SRG* [*survol consécutif à l'arrêt SRG*] ne révèle aucune tendance de leur part à accorder une importance particulière à l'existence d'une ordonnance ou d'un accord à l'appui de l'obligation alimentaire.

²⁷ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 86 à 90. Les décisions *Cardinal c. Cardinal*, 2006 NWTSC, *Johnston c. Johnston*, 2006 SKQB 465, et *McDonald c. McDonald*, 2008 BCSC 120, sont trois exemples de décisions postérieures à l'arrêt *SRG* où il a été confirmé que le tribunal ne pouvait invoquer sa compétence à moins que l'enfant ne soit demeuré admissible à toucher une pension alimentaire au moment où la demande de pension alimentaire rétroactive a été présentée. Même si, comme D. Smith le souligne dans « *Retroactive Child Support—An Update* » (2007) 26 C.F.L.Q. 209, p. 211, cette question ne fait pas l'objet d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, il peut y avoir des cas où cette restriction mène à des résultats malheureux. L'avocat Doug Moe donne un exemple : [TRADUCTION] « ainsi, il se pourrait qu'un parent ait attendu quelques mois avant de présenter sa demande, présumant que l'enfant poursuivrait ses études et que, contre toute attente, l'enfant ait abandonné ses études après l'âge de 18 ans, de sorte que le parent bénéficiaire ne peut plus demander au parent payeur de se conformer à sa responsabilité rétroactive » (Correspondance en date du 7 décembre 2007 échangée par courrier électronique entre M. Moe et l'auteure.)

²⁸ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 101. Dans l'affaire *Fallis c. Garcia*, 2008 CanLII 25048 (C.S.J. de l'Ontario), le tribunal a accepté le fait que le délai de la mère à intenter une poursuite était compréhensible en raison de la maladie mentale dont souffre l'un des fils des parties. Dans l'affaire *Eadie c. Eadie*, 2008 BSCS 1380, les problèmes de santé et la situation financière de la mère bénéficiaire de la pension alimentaire constituaient un motif raisonnable pour expliquer le délai à présenter une demande de modification. Les ressources financières, le manque de confiance en soi nécessaire pour intenter une poursuite judiciaire et la crainte concernant le tempérament du payeur ont été considérés comme suffisant pour justifier le délai de la mère bénéficiaire dans *B.(T.K.) c. S.(P.M.)*, 2008 BCSC 1350. Dans *Schick c. Schick*, 2008 ABCA 196, la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le père d'une décision accordant à la mère une pension alimentaire rétroactive au profit d'un enfant depuis 2002. La Cour a accepté l'argument selon lequel la mère avait été amenée à avoir une perception erronée du revenu du père et à croire, pendant de nombreuses années, qu'il serait inutile d'intenter d'autres poursuites contre lui. Dans l'arrêt *Swiderski c. Dussault*, 2008 BCSC 1629, la Cour a accepté que le délai de la mère à demander une modification de la pension alimentaire découlait du fait que chaque fois qu'elle avait tenté de discuter de la question des aliments avec le père, il avait réagi avec colère et avait mêlé les enfants des parties aux disputes qui s'étaient ensuivies. Une justification similaire a été appliquée pour excuser le délai de la mère dans l'arrêt *B.(T.K.) c. S.(P.M.)*, 2008 BCSC 1350. Voir cependant l'arrêt *Y.S. c. K.T.*, 2008 BCPC 101 (CanLII) (C. prov.), dans lequel la demande de la mère en vue d'obtenir une pension alimentaire rétroactive au profit des enfants a été rejetée en partie parce que la Cour était d'avis que même si la mère n'avait pas demandé une pension alimentaire plus tôt parce qu'elle craignait que le père conteste la garde, aucune preuve ne permettait de croire que le père aurait réagi de la sorte. De plus, dans l'affaire *Webber c. Lane*, 2008 ONCJ 672, la Cour a limité la pension alimentaire rétroactive accordée aux trois années précédant l'avis officiel au motif que même si la mère bénéficiaire était jeune et avait des ressources limitées, elle aurait pu comprendre que le seul moyen de venir à bout de l'attitude évasive du payeur était d'intenter une poursuite. Dans l'arrêt *Irving c. Clouthier*, 2008 CanLII 48137 (C.S.J. Ont.), la Cour a accepté en partie l'argument de

la mère bénéficiaire selon lequel elle avait tardé à demander une modification de la pension alimentaire, calculée en fonction d'une ordonnance rendue en 1997, en raison de difficultés financières. Toutefois, en soupesant ce facteur et l'intérêt du père en ce qui a trait à la certitude, la Cour a limité la pension alimentaire rétroactive à 2003. Dans l'arrêt *B.D.G. c. C.C.G.*, 2007 BCSC 989, le tribunal a rejeté l'argument de la mère selon lequel son délai pouvait être justifié par les problèmes physiques et émotionnels subis à la suite d'un accident.

²⁹ *Ibid.* Dans l'affaire *Baldwin c. Funston*, 2007 ONCA 381, la Cour d'appel a confirmé le rejet, par le tribunal inférieur, de la demande de pension alimentaire rétroactive au profit d'un enfant de la mère, en raison d'un délai inexplicable de cinq ans et demi avant de demander l'augmentation de la pension alimentaire pour enfants. Les décisions *L.M. c. I.M.*, 2007 NLUFC 29; *Stemmler c. May* (2007), 43 R.F.L. (6th) 218 (C.S.J. Ont.); *Luca c. Luca* (2007), 43 R.F.L. (6th) 152 (C.S.J. Ont.); *Robertson c. Robertson*, 2007 NSSC 128; *Lefebvre c. Strilchuck* (2007), 281 D.L.R. (4th) 539 (C.S.J. Ont.); *P.V. c. D.B.*, 2007 BCSC 237; *I.A. c. G.R.*, 2007 NUCJ; et *P.A.B. cv. K.M.B.*, 2006 BCPC 575 sont d'autres exemples d'affaires dans lesquelles le parent bénéficiaire n'a pas fourni d'« excuse » suffisante pour expliquer le délai.

³⁰ Carole Curtis, « The *D.B.S.* Cases: The Supreme Court of Canada and Retroactive Child Support » (County of Carleton Law Association 16th Annual Institute of Family Law, 1^{er} juin 2007), p. 15 [*Carole Curtis*].

³¹ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 105.

³² *Ibid.*, paragr. 106.

³³ *Ibid.* Lors du survol consécutif à l'arrêt *SRG*, *supra*, note 26, un comportement répréhensible a été constaté dans 65 décisions. Voir plus particulièrement l'arrêt *L. (R.E.) c. L. (S.M.)*, 2007 ABCA 169, dans lequel le parent payeur n'a pas divulgué ses augmentations de revenu malgré le fait que sa situation financière avait changé de manière considérable en 2002; voir aussi l'arrêt *Schick c. Schick*, *supra* note 28, dans lequel le parent payeur avait fait des déclarations à la mère en vue de la dissuader de demander une augmentation de la pension alimentaire, même s'il savait que le ménage de celle-ci éprouvait des difficultés financières et le fait que cela avait une incidence directe sur le niveau de vie de l'enfant; l'arrêt *Whelan c. O'Connor*, 2008 NLCA, dans lequel le parent payeur n'a pas divulgué le fait que son revenu avait augmenté malgré l'existence d'une ordonnance prévoyant une telle divulgation; l'arrêt *Chera c. Chera*, 2008 BCCA 374, dans lequel la Cour d'appel a conclu que la décision du père de se soustraire à son obligation de verser la pension alimentaire pour enfants jusqu'à ce que le tribunal rende une ordonnance définitive à ce sujet n'éliminait pas son obligation de verser la pension alimentaire pour enfants à compter de la date de sa séparation d'avec la mère bénéficiaire; et l'arrêt *Waddle c. Carr*, 2008 ABCA 31, dans lequel le père payeur avait reçu un avis écrit selon lequel la mère bénéficiaire avait retenu les services d'un avocat pour régler les questions liées à la pension alimentaire en 2005, mais avait par la suite refusé de collaborer avec son propre avocat pour suivre les processus nécessaires.

³⁴ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 108.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* paragr. 109. Voir l'arrêt *Morgan c. Morgan*, 2006 BCSC 1197, où, même si le père a omis de signaler l'accroissement de son revenu, son comportement a été jugé moins répréhensible du fait qu'il avait souvent payé davantage que ce qu'il devait verser selon l'ordonnance alimentaire applicable et qu'il avait acquitté une partie des frais relatifs aux soins médicaux, aux vêtements et activités parascolaires. Voir aussi

l'affaire *Deane c. Pawluk*, 2006 SKQB 499, dans laquelle le père payeur avait assumé presque l'entière responsabilité des dépenses relatives aux activités parascolaires des enfants; l'affaire *Albo c. Albo*, 2006 ABQB 785, dans laquelle la Cour a conclu que le père payeur croyait raisonnablement qu'il respectait ses obligations alimentaires en fournissant un toit à la mère bénéficiaire et à leurs enfants; et l'affaire *Baldwin c. Funston*, *supra* note 30, dans laquelle le père n'avait pratiquement jamais refusé d'apporter une aide financière supplémentaire à la mère, lorsque celle-ci en avait besoin.

³⁷ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 110 à 113. Dans l'arrêt *Fallis c. Garcia*, *supra* note 28, la pension alimentaire rétroactive devait aider les deux enfants à réaliser leurs projets d'études postsecondaires. Voir également *Andrews c. Megaw*, 2008 CanLII 12709 (C.S.J. Ont.), et *Kardaras c. Kardaras*, 2008 ONCJ 493, où l'un des enfants des parties avait contracté une dette de 12 000 \$ pour payer ses études postsecondaires. Cette dette n'aurait pas été contractée si la pension alimentaire avait été versée en temps opportun. Dans l'arrêt *Schick c. Schick*, *supra* note 28, le montant devait aider l'enfant ayant des besoins spéciaux. Dans *Irving c. Clouthier*, *supra* note 28, la Cour a souligné le fait que l'enfant à charge avait des besoins financiers auxquels on ne répondait pas tandis que la nouvelle famille du payeur tirait profit du salaire de celui-ci. En outre, dans *Webber c. Lane*, *supra* note 28, la Cour a conclu qu'une pension alimentaire rétroactive donnerait plus de chances à l'enfant des parties qui, avant que l'ordonnance soit rendue, avait vécu des difficultés en raison de la pauvreté de la mère bénéficiaire et du comportement égoïste du parent payeur, qui ne respectait pas ses obligations alimentaires. Des avantages similaires s'appliquaient aux enfants dans *L.L. c. G.B.*, 2008 ABQB 536; ceux-ci avaient connu des difficultés financières parce qu'ils avaient grandi sans recevoir une pension alimentaire appropriée.

³⁸ *Ibid.*, paragr. 113.

³⁹ *Ibid.*, paragr. 115. Dans *Albo c. Albo*, *supra* note 36, où le comportement du père n'a pas été déclaré répréhensible et une pension alimentaire rétroactive devait être fondée sur le revenu passé alors que son seul revenu était les prestations du RPC, les difficultés excessives ont contribué au rejet de la demande de la mère en vue d'obtenir une pension alimentaire rétroactive. Dans l'arrêt *Lemky c. Emblin*, 2008 ABQB 383 (CanLII), la demande de la mère bénéficiaire en vue d'obtenir une pension alimentaire rétroactive a été rejetée, principalement en raison des difficultés excessives que cela entraînerait pour le père, puisque l'entreprise de ce dernier tournait au ralenti et une pension alimentaire rétroactive serait désastreuse pour sa situation financière. Dans l'affaire *Purba c. Purba*, 2009 ABCA 3, dans laquelle la partie demanderesse a pu démontrer les difficultés, la Cour d'appel a ordonné que des montants rétroactifs soient versés, à raison de 100 \$ par mois, jusqu'à ce que la pension alimentaire en vigueur pour l'un des enfants soit entièrement payée, à la suite de quoi les versements augmenteraient à 300 \$ par mois, jusqu'à ce qu'ils prennent fin.

⁴⁰ *Ibid.*, paragr. 116. Pour une affaire postérieure à l'arrêt *SRG* où le comportement répréhensible du père débiteur l'a emporté sur les préoccupations liées aux difficultés auxquelles celui-ci pourrait être confronté par suite du paiement d'une pension alimentaire rétroactive, voir *Petten c. Efford*, 2007 NLUF 3. En outre, dans *Malley c. Brereton*, 2007 ONCJ 216, la Cour a refusé d'accorder une réduction rétroactive des obligations alimentaires et a conclu que même si le payeur pouvait éprouver des difficultés excessives, il s'était retrouvé sans emploi volontairement. En outre, il était possible de limiter les difficultés en faisant des versements mensuels plutôt qu'un seul versement forfaitaire. Voir également *Webber c. Lane*, 2008 ONCJ 672. Dans *Robertson c. Robertson*, 2007 NSSC 128, la Cour a conclu que l'obligation du père envers sa fille l'emportait sur celle qu'il avait envers sa nouvelle conjointe de fait. De plus, ses obligations alimentaires étaient plus importantes que ses dépenses personnelles (cigarettes, alcool et nouvelle automobile). Dans *McGouran c. Connelly*, 2007 ONCA 578, la Cour d'appel a conclu que la juge ayant été saisie de la demande avait commis une erreur en limitant sévèrement la pension alimentaire rétroactive en

faveur du père payeur au motif qu'elle aurait une incidence sur sa capacité de respecter ses obligations courantes. La juge aurait dû tenir compte davantage du comportement répréhensif du père dans son analyse.

⁴¹ Le juge Bastarache ne définit pas l'« avis formel », mais D. Smith estime qu'une mise en demeure de l'avocat ou l'introduction de procédures constituerait un avis formel. Voir D. Smith, *supra* note 27, p. 228.

⁴² *SRG*, *supra* note 1, paragr. 120.

⁴³ *Ibid.*, paragr. 122.

⁴⁴ *Ibid.*, paragr. 161 et 162.

⁴⁵ *Ibid.*, paragr. 123 et 124.

⁴⁶ Michael B. Kleinman, « Is there a '3-Year Rule' in Retroactive Child Support? » (2007) 22 *Money & Family Law* 89, p. 91.

⁴⁷ *Supra* note 1, paragr. 175.

⁴⁸ *Ibid.*, paragr. 169.

⁴⁹ *Carole Curtis*, *supra* note 30, p. 21.

⁵⁰ Au cours de la discussion en atelier de l'ABO, *supra* note 25, les participants (Carole Curtis, Phil Epstein et D. Smith) ont décrit des perceptions légèrement différentes de la limite de trois ans, mais tous ont reconnu que le juge Bastarache n'avait pas l'intention d'établir une règle rigide. Voir la suggestion dans *Armstrong c. Hill*, 2009 BCSC 179, selon laquelle les pensions alimentaires rétroactives ne devraient pas remonter à plus de trois ans avant la date de l'avis formel.

⁵¹ Kleinman, *supra* note 46, p. 93 et 94. Selon le survol consécutif à l'arrêt *SRG*, *supra* note 26, de toutes les affaires où une ordonnance alimentaire rétroactive a été rendue, 23 ordonnances ont été appliquées rétroactivement à une date antérieure aux trois années précédentes. Epstein et Madsen soulignent qu'à l'occasion, les tribunaux iront plus loin que trois ans : Phil Epstein et Lene Madsen, *Epstein and Madsen's This Week in Family Law* (8 janvier 2008) (WLeC). Un exemple est l'affaire *Dickson c. Dickson*, 2007 NBQB 221 (C.B.R.), où l'ordonnance alimentaire rétroactive a été rendue pour une période de quatre ans. Dans cette affaire, le père s'était comporté de manière répréhensible en omettant de divulguer des accroissements de son revenu et en intimidant la mère de façon à l'empêcher d'engager une action en justice afin de faire modifier la pension alimentaire. Voir également *Schick c. Schick*, *supra* note 28, où une pension alimentaire a été accordée rétroactivement à compter de 2002. Dans ce cas-ci, le revenu du père payeur avait augmenté de manière considérable après une ordonnance rendue en 2002, et son comportement répréhensible avait dissuadé la mère de demander une augmentation de la pension alimentaire.

⁵² Correspondance échangée le 7 décembre 2007 entre Doug Moe et l'auteure.

⁵³ *SRG*, *supra* note 1, paragr. 128.

⁵⁴ *Ibid.*, paragr. 130.

⁵⁵ *D.B.S. c. S.R.G. et T.A.R. c. L.R.J. : SRG*, *ibid.* paragr. 137 à 145.

⁵⁶ *Henry c. Henry et Hiemstra c. Hiemstra : SRG*, *ibid.*, paragr. 147 et 153.

⁵⁷ *Henry c. Henry ; SRG*, *ibid.*, paragr. 146 et 147.

⁵⁸ *Hiemstra c. Hiemstra: SRG, ibid.*, paragr. 152 à 154.

⁵⁹ Le caractère large du mot « répréhensible » employé par le juge Bastarache est souligné dans plusieurs décisions; voir, par exemple, *Casals c. Casals*, [2006] O.J. No. 5602 (C. J.) (QL).

⁶⁰ D. Smith, *supra* note 27, p. 242 et 243.

⁶¹ *Ibid.*, p. 236.

⁶² Il convient de souligner qu'une demande de modification rétroactive est différente d'une demande d'annulation d'arriérés. Dans le premier cas, le payeur soutient que le montant à payer pour une période passée est inférieur à celui qui figure dans l'ordonnance ou l'accord en cause, eu égard au revenu qu'il touche effectivement, aux modalités de garde ou aux droits en vigueur pendant cette période. Dans le second cas, le payeur reconnaît que le montant prévu dans l'accord ou l'ordonnance en cause était justifié, mais demande au tribunal d'abaisser ce montant en raison de son incapacité de payer. Dans *SRG*, la Cour suprême a précisé que les principes énoncés dans le jugement ne s'appliquaient pas au paiement d'arriérés : *SRG, supra* note 1, paragr. 1.

⁶³ D. Smith, *supra* note 27, p. 236.

⁶⁴ Voir, par exemple, *Jamieson c. Loureiro*, 2008 BCSC 998 (CanLII), où la Cour a présenté le raisonnement suivant, au paragr. 136 :

[TRADUCTION] Bien que l'affaire *D.B.S.* traitait de la demande d'un bénéficiaire en vue de tenir compte de l'augmentation du revenu du payeur, la théorie sous-jacente relative aux lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants s'applique. Plus particulièrement, l'obligation alimentaire même change si le revenu du parent payeur change.

⁶⁵ D. Smith, *supra* note 27, p. 237. L'affaire *Vaughn c. Vaughn*, 2007 ONCJ 21, est un exemple de cas où le payeur a demandé sans succès une diminution rétroactive de la pension alimentaire. L'affaire *Malleys c. Brereton*, *supra* note 40 en est un autre exemple. La décision *Vaughn* illustre le problème inhérent à la distinction entre l'annulation d'arriérés et la modification rétroactive et D. Smith souligne que la distinction demeure floue dans les décisions rendues après l'arrêt *SRG* : *ibid.*, p. 238 à 240.

⁶⁶ Conversation téléphonique tenue entre M. Epstein et l'auteure le 8 janvier 2008.

⁶⁷ Epstein et Madsen, *supra* note 51.

⁶⁸ Bon nombre de ces suggestions figurent dans l'article de Carole Curtis, *supra* note 30, p. 33.