

**D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra, 2006 CSC 37**

Les quatre pourvois réunis aux fins du présent arrêt portent sur les ordonnances alimentaires rétroactives au profit d'un enfant.

Reconnaissant le « caractère délicat de ces ordonnances », le juge Bastarache débute son analyse en examinant les principes fondamentaux qui sous-tendent l'obligation alimentaire commune des parents.

Au nombre de ces principes, mentionnons que les aliments sont un droit de l'enfant et que ce droit continue d'exister après la rupture du mariage, que les aliments doivent autant que possible permettre à l'enfant de conserver le niveau de vie qu'il avait avant la séparation de ses parents et que le montant de la pension alimentaire est fonction du revenu du parent débiteur. (au par. 38)

Le juge Bastarache souligne qu'en vertu du partage des compétences, l'ordonnance alimentaire pour enfant peut se fonder, soit sur le régime fédéral si l'ordonnance constitue une mesure accessoire à un divorce, soit sur une loi provinciale si la *Loi sur le divorce* ne s'applique pas.

La *Parentage and Maintenance Act*, une loi albertaine, entre en jeu dans deux des pourvois. Cette loi accorde un pouvoir discrétionnaire aux juges tout en les incitant à suivre le régime fédéral établi par les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Le juge Bastarache précise donc que sa décision dans les quatre pourvois sera fondée sur le régime fédéral. Or, le régime fédéral prévoit que le montant de la pension alimentaire pour enfant varie en fonction du revenu du parent débiteur. Ainsi, il incombe au parent débiteur d'augmenter le montant de la pension alimentaire pour enfant lorsque son revenu croît.

Poursuivant son analyse, le juge Bastarache note qu'un tribunal peut être appelé à prononcer une ordonnance rétroactive dans trois cas.

Dans le premier cas, un tribunal a déjà ordonné le versement d'une pension alimentaire mais « le montant n'est plus approprié depuis un certain temps ». (au par. 62) Le juge Bastarache note que « les parents ne devraient pas avoir l'impression que l'ordonnance alimentaire pour l'enfant est coulée dans le béton [...] il est toujours possible qu'elle soit modifiée lorsque le contexte factuel change [...] La certitude qu'offre l'ordonnance judiciaire ne dispense pas les parents de leur obligation de toujours veiller à ce que l'enfant bénéficie d'une pension alimentaire dont le montant est approprié. » (au par. 64) Ainsi, lorsqu'une ordonnance a été rendue, une présomption de validité existe, mais cette présomption n'est pas absolue.

Le deuxième cas survient lorsqu'un accord est intervenu entre les parents. Encore une fois, le tribunal doit soupeser l'attente légitime du parent débiteur à la prévisibilité et la certitude d'une part et le droit de l'enfant à une pension alimentaire suffisante d'autre part.

Dans le troisième cas, aucune pension alimentaire n'a encore été ordonnée par le tribunal. Il s'agit donc d'une ordonnance initiale rétroactive qui vise à faire respecter une obligation antérieure à l'ordonnance elle-même. Le cadre législatif, tant fédéral que provincial, prévoit ce type d'ordonnance.

Poursuivant son analyse, le juge Bastarache cite deux éléments dont le tribunal doit tenir compte avant de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant.

D'abord, le statut de l'enfant entre en jeu. L'analyse de cet élément débute par un examen du régime législatif applicable. À titre d'exemple, le régime fédéral prévoit que « [l']adulte, c'est-à-dire une personne majeure qui n'est pas à charge, n'est pas de ceux pour lesquels le Parlement a envisagé le versement d'une pension alimentaire, qu'il ait eu droit ou non à une pension alimentaire plus élevée plus tôt dans sa vie. La pension alimentaire pour l'enfant est destinée à un enfant à charge, et non à un adulte qui a déjà été un enfant à charge. » (au par. 89)

Ensuite, le juge Bastarache, afin de dissiper tout doute, précise qu'un tribunal a le pouvoir de prononcer une ordonnance alimentaire « prenant effet à une date antérieure à la demande de divorce ». (au par. 92)

Quels critères un tribunal doit-il prendre en compte avant de rendre une ordonnance alimentaire rétroactive au profit de l'enfant?

Le juge Bastarache prend soin de bien qualifier ce type d'ordonnance : « elle ne doit pas être tenue pour exceptionnelle. Il ne saurait être exceptionnel qu'un enfant se voie accorder rétrospectivement le soutien alimentaire auquel il avait droit. » (au par. 97)

Le premier critère repose sur les motifs justifiant ou non le retard du parent créancier à présenter la demande d'ordonnance alimentaire. Le juge Bastarache est d'avis qu'un tribunal « ne devrait pas hésiter à considérer comme un motif valable la peur légitime du parent créancier que le parent débiteur réagisse de manière vindicative à la demande, et ce, au détriment de la famille. De même, en l'absence d'une telle appréhension, le fait que le parent créancier n'ait pas été financièrement ou émotionnellement en mesure de présenter une demande ou qu'il a été mal conseillé sur le plan juridique peut constituer un motif valable. » (au par. 101) Ainsi, le comportement du parent débiteur est souvent décisif. Toutefois, le parent créancier a l'obligation d'agir avec diligence afin de s'assurer que le montant de la pension alimentaire est approprié.

Le comportement du parent débiteur constitue le deuxième critère qu'un tribunal doit évaluer. Le juge Bastarache précise que

Le tribunal ne doit pas hésiter à tenir compte du comportement répréhensible du parent débiteur pour décider de l'opportunité d'une ordonnance rétroactive. De plus, j'estime qu'en matière d'obligation alimentaire, il doit interpréter largement la notion de comportement répréhensible. Je qualifierais donc de répréhensible 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. (au par. 106)

Citons comme exemples de comportements répréhensibles le fait d'intimider, d'induire en erreur ou de cause de ne pas s'acquitter de son obligation en toute connaissance de cause. Notons toutefois qu'un tribunal ne doit pas forcément conclure que le parent débiteur qui n'augmente pas systématiquement le montant de la pension alimentaire agit de façon répréhensible.

Le troisième critère vise la situation actuelle et antérieure de l'enfant et non des autres membres de la famille. Le principe veut que « [l]'enfant qui jouit actuellement d'un niveau de vie relativement élevé bénéficiera moins d'une ordonnance rétroactive que celui qui se trouve actuellement dans le besoin ». (au par. 111)

Selon le quatrième critère, au moment de formuler l'ordonnance rétroactive, le tribunal doit se préoccuper des difficultés financières que l'ordonnance pourrait entraîner pour le parent débiteur.

La détermination du montant de la pension alimentaire rétroactive exige une analyse à deux volets. D'abord, la date de rétroactivité est fixée à la date de l'« information réelle ». Cette date correspond à « toute indication du parent créancier qu'une pension alimentaire devrait lui être versée pour l'enfant ou, s'il en touche déjà une, que son montant devrait être révisé ». (au par. 121). S'appuyant sur l'al. 25(1)a) des *Lignes directrices*, le juge Bastarache est d'avis que

[...] il est généralement inopportun de faire rétroagir l'ordonnance à plus de trois ans avant l'information réelle du parent débiteur. Dans certains cas, il y a toutefois lieu de faire rétroagir l'ordonnance alimentaire à la date à laquelle la prestation aurait dû être majorée. Cela peut particulièrement être indiqué lorsque le parent débiteur s'est comporté de manière répréhensible. (aux par. 123-24)

Enfin, le montant de la pension alimentaire s'établit en fonction des *Lignes directrices*.

En conclusion, le juge Bastarache constate que la démarche proposée au tribunal vise à « établir un équilibre entre, d'une part, la certitude du parent débiteur et, d'autre part, l'équité et la souplesse requises ». (au par. 133)

Dans des motifs concordants, la juge Abella, tout en souscrivant aux conclusions du juge Bastarache, identifie trois points de désaccord entre son analyse et celle de son collègue.

D'abord, la juge Abella est d'avis que le droit de l'enfant à une pension alimentaire d'un montant approprié dicte que l'arriéré doit être calculé à partir de la date de la modification du revenu du parent débiteur. Ensuite, elle rejette le critère du « comportement répréhensible » puisque « [l]e droit aux aliments appartient à l'enfant quel que soit le comportement de ses parents ». (au par. 169) Enfin, selon la juge Abella la limite de trois années pour faire rétroagir l'ordonnance est arbitraire.

Les pourvois sont rejetés avec dépens.