

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

137/06/CA

D.L.M.  
(Applicant) APPELLANT

- and -

J.A.M.  
(Respondent) RESPONDENT

- and -

A.M., R.M. AND M.B. AND A. LTD.  
(Applicants) RESPONDENTS

D.L.M. v. J.A.M., 2008 NBCA 2

CORAM:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Larlee  
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
October 25, 2006

History of Case:

Decision under appeal:

Court of Appeal:  
[2007] N.B.J. No. 347

Court of Queen's Bench:  
2006 NBQB 359

Preliminary or incidental proceedings:  
2005 NBQB 272

Appeal heard:  
June 13, 2007

Judgment rendered:  
January 17, 2008

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Larlee

D.L.M.  
(requérante) APPELANTE

- et -

J.A.M.  
(intimé) INTIMÉ

- et -

A.M., R.M. et M.B. AND A. LTD.  
(requérants) INTIMÉS

D.L.M. c. J.A.M., 2008 NBCA 2

CORAM :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Larlee  
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 25 octobre 2006

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :

Cour d'appel :  
[2007] A.N.-B. n° 347

Cour du Banc de la Reine :  
2006 NBBR 359

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2005 NBBR 272

Appel entendu :  
Le 13 juin 2007

Jugement rendu :  
Le 17 janvier 2008

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Larlee

Concurred in by:  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant D.L.M.:  
D.L.M.  
Appeared in person

Pour l'appelante D.L.M. :  
D.L.M.  
a comparu en personne

For the respondent J.A.M.:  
James E. Fowler

Pour l'intimé J.A.M. :  
James E. Fowler

For the respondents A.M., R.M. and M.B. and A  
Ltd.:  
Jason T. Dempsey

Pour les intimés A.M., R.M. et M.B. and A. Ltd. :  
Jason T. Dempsey

### THE COURT

### LA COUR

The appeal is allowed. The appellant is entitled to 50% of the proceeds from the sale of the marital home minus the equalization payment ordered by the trial judge. The question of child support is remitted to the trial judge to be based on the father's imputed income of \$70,000. The children may also be entitled to arrears in support, which should be assessed by the trial judge. The matter of spousal support is remitted to the trial judge for assessment of entitlement and, if so, the application of the *Spousal Support Advisory Guidelines*. There will be no order as to costs.

L'appel est accueilli. L'appelante a droit à la moitié du produit de la vente du foyer matrimonial moins le montant du paiement d'égalisation ordonné par la juge du procès. La question des aliments au profit des enfants est renvoyée à la juge du procès, le calcul de ces aliments devant être fondé sur le revenu de 70 000 \$ attribué au père et sur le revenu annuel de la mère qui s'établit à 19 000 \$. Il est possible que les enfants aient également droit à un arriéré d'aliments, question que devra évaluer la juge du procès. La question des aliments au profit de l'épouse est renvoyée à la juge du procès afin qu'elle détermine s'il existe un droit à des aliments et dans l'affirmative, qu'elle applique les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*. Il n'y aura pas d'ordonnance quant aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal deals with two issues: 1) how to determine whether monies given by parents to their child and the child's spouse are a gift or a loan in the absence of documentation; and 2) under what circumstances it may be possible to impute income to a spouse who works for a company owned and controlled by his or her family. The latter issue is a novel one.

[2] The appeal arises from a decision rendered in the Court of Queen's Bench, Family Division, in which the trial judge granted the parties a divorce pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2<sup>nd</sup> Supp.), dismissed the appellant's request for spousal support, fixed an amount of child support according to the *Federal Child Support Guidelines*, S.O.R./97-175, and divided the marital assets and debts pursuant to the *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1. In addition, the trial judge entertained an application by the respondent's parents and their company, seeking to have the proceeds from the sale of the marital home paid to them. The trial judge so ordered. The decision is reported at *J.A.M. v. D.L.M.* (2006), 306 N.B.R. (2d) 35, [2006] N.B.J. No. 453 (QL), 2006 NBQB 359.

[3] The appellant D.L.M. and the respondent J.A.M. were married on March 7, 1998 and were separated in September of 2004. There are two children of the marriage: one born August 31, 1998 and the second born November 3, 2002. Two interim orders were issued by another judge of the Court of Queen's Bench. The first order, dated November 23, 2004, dealt with interim custody of the children. In the second, dated August 5, 2005, the Court imputed income to the respondent, and ordered interim child support and interim spousal support, as well as the sale of the marital home.

[4] The respondent's parents started working in the mid 1960s in the potato industry on Prince Edward Island. When they had saved enough money, they started investing in real estate. Since 1980 they have worked hard to make their company into a successful business. Amongst its assets, the company currently owns 41 apartment units in the Moncton area.

[5] The respondent is employed as superintendent of the Moncton area rental properties owned by his parents' company. His salary was reported as \$44,314.00 in 2004 and \$41,053.11 in 2005.

[6] The appellant is trained as a dental assistant. She has always been the primary caregiver for the children. Prior to the separation, she also worked for the respondent's parents' company and was responsible for showing apartments to potential tenants. Her income in 2003 was \$15,069.92. In 2005, she went to work for the N.B. Liquor Corporation and earned an income of \$9,449.00. At present, she works at a call centre on weekdays from 9 a.m. until 2 p.m., and at a retail outlet of the N.B. Liquor Corporation on the weekends. Evidence adduced at trial showed her projected gross salary for 2006 to be approximately \$19,000.00.

[7] The respondent's parents provided a deposit of \$62,000 to help the couple with the purchase of the marital home. The deed to the marital home shows the respondent and his parents' company as tenants in common. The company and the respondent and the appellant are mortgagors, with the National Bank of Canada acting as mortgagee. Over a six-year period, the couple made eleven mortgage payments of \$500 each, totaling \$5,500. The respondent's parents paid the majority of the mortgage installments, totaling \$104,272.79.

[8] On April 28, 2006, pursuant to a court order, the marital home was sold and the proceeds of \$134,302.07 were placed in trust pending the result of the divorce hearing. The trial judge ultimately ordered that the \$134,302.07 be paid to the respondent's parents as partial repayment of the marital debt owed to them by the couple.

At the divorce hearing, the trial judge ruled that the appellant would continue to be the primary caregiver and that the respondent would be entitled to generous access to the children. No income was imputed to the respondent, and his child support obligations were determined based on the average of the income shown on his T4 slips from 2004 and 2005. No special or extraordinary expenses were allowed for the children. Spousal support was terminated. After dividing the marital property and debts, excluding consideration of the marital home, the appellant was ordered to make an equalization payment of \$22,761.00 to the respondent for debts incurred by the couple during the marriage. The appellant now asks that the decision be reversed, varied, or set aside and that a new hearing be held.

[9] The appellant has formulated her grounds of appeal as follows:

- a. Negligent Counsel – forced to represent myself and misguided by former Lawyer.
- b. Evidence was already established at interim hearing for imputing income – income was not imputed at final hearing.
- c. The interim Judge found that [the respondent's] income was suspicious but the trial Judge accepted it anyway.
- d. The trial Judge erred in cutting off spousal support without providing a reason by law for that decision.
- e. No disclosure on property issue – no proof or evidence about where the money came from to purchase the home.
- f. The Judge erred in denying my request for an adjournment so I could appeal legal aid decision. The Judge said that legal aid could only deal with custody and support, yet her decision affected both significantly.
- g. No mention of assets of the Respondent in the corporation.

- h. Benefits provided to Respondent from the corporation were not used to impute income when they failed to disclose his true income from the corporation.
- i. Judge erred in not imputing income when evidence was provided that showed the Respondent was a Vice President, Director Shareholder and an officer of the corporation and failed to disclose his income from the corporation
- j. Judge erred in establishing that the Respondent and I were tenants in the home when clearly his name was on the deed.
- k. Judge erred in forcing repayment of house down payment and mortgage payments when no evidence was there to support it.
- l. The debt disclosed by the Respondent was not supported by any documentation to determine if it was marital debt. Yet the judge accepted it as that.
- m. The Judge erred in accepting the amount of the Respondent's Income and RRSP's disclosed. According to the judge's decision, his income would not put him in this tax bracket but again nothing to state what amount she discounted for.

Of these thirteen grounds of appeal, I am of the opinion that the ones that have merit are those that focus on the imputation of income to the respondent and on whether the payments made by the respondent's parents to the couple qualify as a gift or a loan.

## II. Application to Adduce Fresh Evidence

[10] At the hearing before us, the appellant, by way of motion, sought to adduce further evidence pursuant to Rule 62.21(2)(c) of the *Rules of Court*. Her "fresh" evidence included documents relating to the finances of the parties. A thorough examination of this evidence leads to the inevitable conclusion that, by due diligence, it could have been adduced at trial. Thus, I would dismiss the motion to adduce further

evidence since it does not meet the test for the admission of fresh evidence on appeal as set forth by the Supreme Court of Canada in *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL).

### III. Standard of Review

[11] With respect to the standard of review for findings of fact, the Court of Appeal is not to interfere unless the trial judge has made a palpable and overriding error in the assessment of the evidence. A palpable and overriding error is one which can be plainly seen on a review of the record: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33, para. 10. This same standard applies to inferences of fact (see para. 25 of *Housen*).

[12] *Waxman et al. v. Waxman et al.* (2004), 186 O.A.C. 201, [2004] O.J. No. 1765 (QL), provides a useful summary of what is meant by "palpable and overriding error" in paras. 296-97:

The "palpable and overriding" standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A "palpable" error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of "palpable" factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.

An "overriding" error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a "palpable" error does not automatically mean that the error is also "overriding". The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281.

This Court adopted this passage at para. 26 of *R. v. Arsenault* (2005), 295 N.B.R. (2d) 123, [2005] N.B.J. No. 529 (QL), 2005 NBCA 110.

IV. Issues

A. *Whether the monies paid to the respondent and the appellant by the respondent's parents for the purchase of the marital home should be considered a gift or a loan.*

[13] Essentially, the question to be answered here is what proof is needed to establish whether the amounts of money in question were a loan or a gift. The respondent, his parents and the corporate party contend that both the respondent and appellant had promised to refinance the loan and reimburse the money to the respondent's parents within five years. The respondent and his parents argue that the trial judge was correct in ordering the transfer of the money realized from the sale of the marital home to the parents as reimbursement of a loan. They claim that the amount loaned consisted of the \$62,000 deposit for the down payment on the marital home, plus the mortgage installments and tax payments made on behalf of the couple. According to the trial judge, these amounts total \$166,230.52.

[14] The appellant contends that the monies received for the down payment and the mortgage and tax payments were a gift, not a loan. She claims that she is entitled to one-half of the proceeds from the sale of the property since the family occupied it as their marital home as defined by s. 16 of the *Marital Property Act*.

[15] The trial judge ruled, at para. 90, that the monies paid by the respondent's parents to the couple were a loan:

Regarding the deposit as well as the monthly mortgage payments, which total \$166,230.52, I conclude that this was not a gift but a loan from J.A.M.'s parents to the parties. There was always an intention to repay these funds. This



loan is a marital debt which shall be paid from the proceeds of the sale of the house.

[16] For the reasons that follow, I am of the view that the trial judge made a palpable and overriding error in her determination that this amount of money was, in fact, a loan. Her written reasons contain no analysis on this point because no argument was advanced to her on the legal issue. The only related evidence that she had was the oral testimony of the parties. In short, she made no reference to any particular testimony or evidence, such as a promissory note, that would have led to the conclusion to which she came.

[17] In a recent Supreme Court of Canada decision, *Pecore v. Pecore*, [2007] S.C.J. No. 17 (QL), 2007 SCC 17, a father gratuitously placed assets in joint bank and investment accounts with his adult daughter. The question to be determined was whether the assets in joint accounts should be included in the father's estate upon his death or whether the daughter had a right of survivorship. The Court revisited the law with respect to the presumption of a resulting trust and the presumption of advancement. Rothstein J., in enunciating several principles regarding these presumptions, concluded that the presumption of advancement does not apply between parents and adult children (Abella J. dissenting on this point). The same principle was enunciated in the companion case of *Madsen Estate v. Saylor*, [2007] 1 S.C.R. 838, [2007] S.C.J. No. 18 (QL), 2007 SCC 18.

[18] Since the Supreme Court of Canada in *Pecore* restricts the applicability of the presumption to when a parent advances funds to a minor child, other criteria must be applied to determine whether a transfer to an adult child is a loan or a gift. The Supreme Court cases involved money placed in joint accounts; the factual context in the case before us differs because the parents paid debts for their son and daughter-in-law during the course of the marriage. Several cases have dealt with the characterization of transfers of money made by parents to their children arising in disputes over the division of marital property. None was decided on the basis of a presumption of advancement.

[19] In *Locke v. Locke*, [2000] B.C.J. No. 1850 (QL), 2000 BCSC 1300, the British Columbia Supreme Court was faced with the “gift or loan” question. Wilson J. considered the following factors in determining whether the monies advanced to an adult couple from the respondent’s grandparents for the purchase of a marital home, were, in fact, a gift (at para. 20):

- 1) whether there were any contemporaneous documents evidencing a loan;
- 2) whether the manner for repayment is specified;
- 3) whether there is security held for the loan;
- 4) whether there are advances to one child and not others, or advances of unequal amounts to various children;
- 5) whether there has been any demand for payment before the separation of the parties;
- 6) whether there has been any partial repayment; and
- 7) whether there was any expectation, or likelihood, of repayment.

See also *Seiffert v. Bryce* (2001), 104 A.C.W.S. (3d) 109 (Sup.Ct.J.), [2001] O.J. No. 969 (QL); *Wiens v. Wiens* (1991), 31 R.F.L. (3d) 265 (S.C.), [1991] B.C.J. No. 274 (QL); and *Anderson v. Anderson* (1997), 193 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1997] N.B.J. No. 402 (QL) at paras. 10-20.

[20] Applying the above criteria in the present case, it is clear that there was no evidence to support the conclusion that the amounts of money transferred constituted a loan: there were no contemporaneous documents evidencing a loan; no manner for repayment was specified; there was no security held for the loan; there was evidence of gifts in lesser amounts to various other children; there had been no demand for payment before the separation of the parties; there had been some mortgage payments made but no partial repayment of the sums advanced; and there was little likelihood of repayment

given the financial situation of the parties. All indicia point to the fact that the amounts transferred to the couple constituted a gift.

[21] According to the respondent's parents, the transfer of money to the couple was made by them personally and not by their company. The money came from savings they claimed they had set aside for their retirement. For the trial, their accountant prepared a "Schedule of payment made for Sandalwood property", which indicates the amount owing with interest to be \$199,420.31 as of April 20, 2006.

[22] The respondent's parents appear to be seasoned business people who had the benefit of advice from legal and financial professionals; they made particular mention of the faith they put in their accountant. They took great care with respect to the deed to the marital home and the mortgage document. In addition, the wife was asked to sign and did execute a domestic contract regarding after-acquired property. It bears noting that, although this contract has no relevance to the issues to be determined on this appeal, it indicates a certain level of cautiousness on the part of the respondent's family with respect to its assets. Consequently, the lack of documentation (such as a promissory note, loan agreement or other documentation) with respect to such a large sum of money (\$166,272.74) supports the inference that there was no loan.

[23] The respondent's father testified that the \$62,000.00 deposit was to be paid back within five years. According to the respondent and his parents, the couple would also repay with interest the \$104,272.79 put towards mortgage payments and real property taxes. In my view, this contention is palpably unreasonable given the financial situation of the couple at the time of the purchase of the marital home; the couple's combined income was then only approximately \$70,000.00 and it defies common sense to expect that they could have met their living expenses and repaid the \$166,272.79 – with or without interest – in a five-year period. The appellant was a stay-at-home mother and was responsible for the day-to-day upkeep of the home, and the respondent was a superintendent of apartments. The respondent's financial statement, sworn to November 18, 2004, shows income of \$57,210.00, total debt of \$338,826.36 and monthly expenses

of \$6,542.33. Furthermore, the evidence of their lifestyle suggests that the parents did not press the couple to repay the money within the five-year period, and no agreement existed as to when it would be repaid. In addition, the respondent's parents made other gifts to the couple during the marriage. For example, while the couple resided at the marital home, they installed an in-ground pool (paid for by the respondent's parents) and had renovations done to the house (also paid for by his parents). As well, the couple pursued pleasure boating, drove expensive automobiles, contributed to retirement savings plans and generally enjoyed a lifestyle that was well above their means. It appears as though the respondent's parents made no attempt to discourage this lifestyle, to influence the couple's spending habits so as to recoup their money, or to make any demand for repayment prior to the couple's separation. The only evidence of the agreement to repay the money within five years is the oral evidence of the respondent and his parents. These post-separation statements cannot be attributed much weight since there is no documentary evidence or corroboration from a neutral third party.

[24]                   Therefore, I conclude, based on a consideration of the factors enumerated in *Locke* and on the evidence presented, that the only reasonable inference is that the monies the parents provided to their son and daughter-in-law did not constitute a loan. They were a gift.

[25]                   It is evident that it was always the couple's intention that the house in question would be the marital home and that was not challenged at the trial. Accordingly, the respondent and appellant are entitled to the \$134,302.07 and the appellant is entitled to \$67,151.03, which represents 50% of the proceeds from the sale of the marital home.

[26]                   The trial judge ordered the appellant to make an equalization payment of \$22,761.00 to the respondent, in order to settle a series of debts incurred by the couple over the course of their marriage. That equalization payment must be deducted from the appellant's share of the proceeds from the sale of the marital home, with the result that she will be entitled to a net payment of \$44,390.03 from the respondent.

B. *Imputation of income*

[27] The second issue to be dealt with in this appeal concerns the imputation of income. More particularly, the facts of this case raise the issue of how a trial judge should impute income when the payor spouse is employed by a company that is owned and controlled by his or her family.

[28] At trial, the appellant argued that the respondent's income should have been imputed at \$120,000.00. She maintains that she was privy to information regarding their financial position during the couple's six-year marriage. She states that the respondent had openly and frequently confirmed to her, family, friends, neighbours and acquaintances that he was indeed an owner of the company.

[29] In recent years, legislators and other policy-makers across Canada have paid significant attention to the financial repercussions of divorce and separation on children. The *Federal Child Support Guidelines* were adopted to improve the financial lot of these children. Any application of the provisions of the *Federal Child Support Guidelines* must be made in light of the objectives set out in s. 1:

Objectives

1. The objectives of these Guidelines are
  - (a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;
  - (b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;
  - (c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and
  - (d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

[30] Section 19(1) of the *Federal Child Support Guidelines* provides that the court may impute such amount of income to a spouse “as it considers appropriate in the circumstances,” which circumstances include nine defined situations. The defined situations are not an exhaustive list and the section gives the court a significant amount of discretion in imputing income (see *D.L.A. v. J.T.A.* (1999), 241 A.R. 361, [1999] A.J. No. 312 (QL), 1999 ABQB 221). The enumerated circumstances that are relevant to this case are as follows:

19. (1) The court may impute such amount of income to a spouse as it considers appropriate in the circumstances, which circumstances include the following:

(a) the spouse is intentionally under-employed or unemployed, other than where the under-employment or unemployment is required by the needs of a child of the marriage or any child under the age of majority or by the reasonable educational or health needs of the spouse; [and]

[...]

(f) the spouse has failed to provide income information when under a legal obligation to do so[.]

[31] The law on the imputation of income was summarized by Martinson J. at para. 19 of *Pagani v. Pagani*, [1999] B.C.J. No. 3051 (QL), 2000 BCSC 75:

Imputing income is the way in which the court gives effect to the legal requirement that a parent must earn what the parent is capable of earning. The British Columbia Court of Appeal in *Van Gool v. Van Gool* (1998), 166 D.L.R. (4th) 528, pointed out that the income-imputing provisions of the *Guidelines* are similar to pre-*Guideline* tests based on capacity. That is, the court must consider not only the amount of income a spouse actually earns but also “the amount of income a spouse could earn if working to capacity.”

[32] In *Donovan v. Donovan* (2000), 150 Man. R. (2d) 116, [2000] M.J. No. 407 (QL), 2000 MBCA 80, Steel J.A. discussed the importance of context when deciding on a payor spouse's income earning potential (at paras. 18 and 19):

A decision as to whether a person is capable of earning more income than they are presently earning depends on the context. Fundamentally, the court will impute income in the same fashion that it did before the introduction of the *Federal Child Support Guidelines*. Payor spouses are still entitled to make decisions in relation to their career path so long as those decisions are reasonable at the time they are taken considering all the circumstances.

The question is what is reasonable in the circumstances:

In determining whether to impute income on the basis of intentional under-employment or unemployment, the court ought to have regard to what is reasonable under the circumstances. The age, education, experience, skills and health of the payor are factors to be considered in addition to such matters as the availability of work, the freedom to relocate and other obligations.

See, as well *Carson v. Buziak* (1998), 166 Sask. R. 8 (Q.B.), [1998] S.J. No. 229 (QL); *Thompson v. Thompson*, [1998] A.J. No. 1394 (QL), 1998 ABQB 1015; and *Lobo v. Lobo* (1999), 240 A.R. 257, [1999] A.J. No. 113 (QL), 1999 ABQB 107.

[33] As discussed in *Donovan* at para. 21, the following guidelines may be considered when determining whether to impute income:

1. There is a duty to seek employment in a case where a parent is healthy and there is no reason why the parent cannot work. It is "no answer for a person liable to support a child to say he is unemployed and does not intend to seek work or that his potential to earn income is an irrelevant factor" (*Van Gool v. Van Gool* (1998), 166 D.L.R. (4th) 528 (B.C.C.A.)).

2. When imputing income on the basis of intentional under-employment, a court must consider what is

reasonable under the circumstances. The age, education, experience, skills and health of the parent are factors to be considered in addition to such matters as availability of work, freedom to relocate and other obligations.

3. A parent's limited work experience and job skills do not justify a failure to pursue employment that does not require significant skills, or employment in which the necessary skills can be learned on the job. While this may mean that job availability will be at the lower end of the wage scale, courts have never sanctioned the refusal of a parent to take reasonable steps to support his or her children simply because the parent cannot obtain interesting or highly paid employment.

4. Persistence in unremunerative employment may entitle the court to impute income.

5. A parent cannot be excused from his or her child support obligations in furtherance of unrealistic or unproductive career aspirations.

6. As a general rule, a parent cannot avoid child support obligations by a self-induced reduction of income.

[34] Finally, as has already been observed, courts are given a significant degree of discretion when imputing income, and there does not appear to be a specific formula employed in this exercise. The court must consider the payor spouse's financial capacity in applying the provisions of the *Federal Child Support Guidelines*. In *Lee v. Lee* (1998), 167 Nfld. & P.E.I.R. 176, [1998] N.J. No. 247 (QL) (at para. 4), the Supreme Court of Newfoundland (Appeal Division) discussed the objectives and the underlying rationale of the *Guidelines*:

They are predicated on the expectation that a certain level of gross income should, absent special circumstances, provide a level of ability to pay a specified minimum amount of support based on economic studies of average spending on children at different income levels. Support must be paid out of the future income of the payor-spouse. The underlying rationale is still ability to pay. In that sense, the process of setting child support is a prospective one. In engaging in that predictive exercise,



however, historical data is obviously important and usually provides the best forecast of current ability to pay.

[Emphasis added.]

[35] As explained by Professor Rollie Thompson in “Slackers, Shirkers, and Career-Changers: Imputing Income for Under-Employment and Unemployment”, *Law Society of Upper Canada Special Lectures 2006: Family Law* (Irwin Law: Toronto, 2006), the issue of imputation of income broadly covers a number of categories. These categories include situations where a parent is healthy and does not seek work, is intentionally underemployed, or refuses to take work that is not interesting or highly paid. The courts have examined an assortment of elements in attempting to determine an individual's earning capacity, including factors such as job history, age, education, skills, health, standard of living when the parties were married, and available job opportunities: *Quintal v. Quintal* (1997), 38 O.T.C. 68 (Gen. Div.), [1997] O.J. No. 3444 (QL).

[36] In the recent case of *Bak v. Dobell* (2007), 224 O.A.C. 10, [2007] O.J. No. 1489 (QL), 2007 ONCA 304, the Ontario Court of Appeal recognized that, although the general rule is that child support is calculated on the basis of a parent's total income for income tax purposes, there may be exceptions under s. 19 of the *Guidelines*. The Court concluded that while evidence concerning an individual's lifestyle is not conclusively indicative of an individual's income, it is evidence from which the inference may be drawn that the payor-spouse has undisclosed income that may be imputed for the purpose of determining child support. Lang J.A. makes the following comments about what might be considered under s.19 (at paras. 34-37):

The list of circumstances in s. 19(1) is not exhaustive: the legislature only provides that the list "include" items (a) -- (i). Further, there is nothing in the provision that suggests other appropriate circumstances must be analogous to those specifically enumerated, although similarity of circumstance to one listed in s. 19(1) would support the imputation of income, simply because such a circumstance would be consistent with legislative intention [see Note 3 below]. The absence of analogy to a listed circumstance is simply a factor to be considered in interpreting the

provision. [Note 3: See *Hunt v. Smolis-Hunt* (2001), 20 R.F.L. (5th) 409 (Alta. C.A.) at para. 46.]

Some cases have held that there must be similarity between a new appropriate circumstance and the listed circumstances [see Note 4 below]. However, *Riel v. Holland*, [2003] O.J. No. 3901 (C.A.) makes it clear that the listed circumstances are simply examples and it is open to find new circumstances in which to impute income, provided that the new ground is consistent with the purpose of s. 19(1) and the *Guidelines* generally. Writing for this court in *Riel*, MacPherson J.A. concluded at para. 36:

The wording of s. 19 of the *Guidelines* is open-ended ("which circumstances include"), thus indicating that the categories listed in that section are merely examples of situations in which income may be imputed. There are, therefore, other potential scenarios in which income can, and should, be imputed. [Note 4: See for example *Risen v. Risen*, [1998] O.J. No. 3184 (Gen. Div.) and *Mascarenhas v. Mascarenhas* (1999), 44 R.F.L. (4th) 131 (Ont. Gen. Div.).]

If appropriate circumstances arise, particularly ones unforeseen by the legislature, a court has the discretion, to be exercised on a principled basis, to impute income to a payor parent. When considering whether a circumstance is an appropriate one in which to impute income, a court will bear in mind the objectives of the *Guidelines* to establish fair support based on the means of the parents in an objective manner that reduces conflict, ensures consistency and encourages resolution.

Thus, the open-ended wording of s. 19(1) does not mean that courts have an untrammelled discretion to add circumstances, particularly when a review of the legislation suggests a deliberate intention on the part of the legislature to exclude a particular circumstance.

Previous Ontario cases have applied this same reasoning. In *Davids v. Davids* (1998), 66 O.T.C. 321 (Gen. Div.), [1998] O.J. No. 2859 (QL), the court drew an inference that the husband's earnings were higher than reported when a chartered accountant was able to demonstrate from the husband's financial data that he was receiving income from a

source he could not or would not explain. Also, in *Biamonte v. Biamonte* (1998), 36 R.F.L. (4th) 349 (Gen. Div.), [1998] O.J. No. 541 (QL), based on evidence of the parties' lifestyle, income was imputed to a father who was shown to have a cash component to his restaurant business in addition to his declared income.

[37] The present case may meet the “other appropriate circumstances” analysis in *Bak*. What appears to be a deliberate underemployment or underpayment by a spouse’s parents’ company, coincident with the time of separation, may lead to the inference that the drop in income was done in order to defeat a support order. Therefore, a Court could impute such amount as it considers appropriate in the circumstances.

[38] The appellant has also raised the issue of disclosure of the respondent’s financial information. The trial judge’s analysis pertaining to the imputation of the respondent’s income took into account only the income he had earned in 2004 and 2005, the two years following the separation. There was no analysis of any other pertinent circumstances. The trial judge stated as follows at paras. 56-62:

In order to determine the questions of child support and spousal support, it is necessary to determine J.A.M.’s income.

In his decision of August 5, 2005, the motion’s judge imputes income of \$70,000.00 to J.A.M. The analysis for arriving at this number is found in paragraphs 28 and 29 of his decision, which read as follows:

As mentioned, the evidence of income for both parties indicates that J.A.M. presently earns \$35,000.00 although he was earning approximately \$57,200.00. D.L.M. is now earning \$17,680.00. Prior to the separation she was earning approximately \$12,000.00 which appears to be an income split.

After hearing all of the evidence I find that it is somewhat convenient that J.A.M.’s income should drop to \$35,000.00. I do not accept this as his income and I am prepared to impute income

calculated as follows; previous income of \$57,000.00 plus the income split of \$12,000.00 which I round to \$70,000.00.

Sections 15 to 19 of the *Federal Child Support Guidelines* are relevant in this regard. They read as follows: [omitted].

D.L.M. argues that the Court should impute J.A.M.'s income at \$120,000.00.

According to the T4s submitted, J.A.M.'s income for 2004 and 2005 was \$44,314.00 and \$41,053.11, respectively.

J.A.M. is a shareholder of the Corporation and there is an argument that he is vice-president of the Corporation. Throughout the hearing, there was no proof of the Corporation's finances. Further, and regardless of [the husband's] position with the Corporation, there was no evidence introduced as to any benefits or dividends received by [the husband] from the Corporation or pursuant to a trust fund.

Consequently, J.A.M.'s income for the purposes of determining his child support obligation is \$42,683.55, being the average of his income shown on the T4s for 2004 and 2005. As a result, his child support obligations per the *Federal Child Support Guidelines* will be \$611.00 per month commencing on October 1, 2006, and payable on the first day of every month thereafter.

[Emphasis added.]

[39] The parties are under a positive obligation to disclose financial information. Rule 72.14 of the *Rules of Court*, entitled "Financial Statements", imposes such a duty, referring to ss. 21(1) and 21(2) of the *Federal Child Support Guidelines*. To enable a court to determine the parties' income in accordance with the *Guidelines*, s. 21 requires that both the applicant and the respondent submit the following:

- (a) a copy of every personal income tax return filed by the spouse for each of the three most recent taxation years;

- (b) a copy of every notice of assessment and reassessment issued to the spouse for each of the three most recent taxation years;
- (c) where the spouse is an employee, the most recent statement of earnings indicating the total earnings paid in the year to date, including overtime or, where such a statement is not provided by the employer, a letter from the spouse's employer setting out that information including the spouse's rate of annual salary or remuneration; [and]
- (d) where the spouse is self-employed, for the three most recent taxation years
  - (i) the financial statements of the spouse's business or professional practice, other than a partnership, and
  - (ii) a statement showing a breakdown of all salaries, wages, management fees or other payments or benefits paid to, or on behalf of, persons or corporations with whom the spouse does not deal at arm's length[.]  
[Emphasis added.]

[40] In *O'Brien v. O'Brien* (2007), 312 N.B.R. (2d) 302, [2007] N.B.J. No. 114 (QL), 2007 NBCA 22, at para. 10, this Court dealt with a payor spouse's obligation to produce financial information pursuant to Rule 72.14 of the *Rules of Court* and s. 21 of the *Federal Child Support Guidelines*:

Rule 72.14(1) deals specifically with the disclosure of financial information where a divorce petition contains a claim for child support, spousal support and a claim for division of property. When a claim is filed for child support the respondent has a concomitant requirement, under rule 72.14(1)(a), to file a Financial Statement and income information as required by the applicable guidelines. This latter requirement refers to the information that must be included under s. 21 of the *Federal Child Support Guidelines*. Similarly, under Rule 72.14(1)(b) and (c), income information must be filed.

In *Verwey v. Verwey*, [2007] M.J. No. 309 (QL), 2007 MBCA 102, the Court found that inadequate financial disclosure was an appropriate basis for the judge's decision to impute additional income, since the father had “failed to meet the prescribed minimums required by the legislation.” The amount a court may impute, however, is subject to some constraint, as the Ontario Court of Appeal stated at para. 44 of *Drygala v. Pauli* (2002), 61 O.R. (3d) 711 (C.A.), [2002] O.J. No. 3731 (QL):

Section 19 of the Guidelines is not an invitation to the court to arbitrarily select an amount as imputed income. There must be a rational basis underlying the selection of any such figure. The amount selected as an exercise of the court's discretion must be grounded in the evidence.

[41] The major difficulty in the case at bar is that, despite the financial disclosure obligations, insufficient evidence was presented at trial to clearly demonstrate how much the respondent was being paid and why. Given this lack of evidence, the court must necessarily draw inferences. The trial judge appears to have had the benefit only of the respondent's T4 slips for 2004 and 2005, which indicate an income of \$44,314.00 and \$41,053.11, respectively; based on the average of his income shown for those two years, she determined his income to be \$42,683.55. The trial judge did not impute income to the respondent based on his earning history prior to the breakdown of the marriage in 2004. The main questions that must be asked are: (1) did the trial judge err in determining that the respondent was not underemployed; and (2) did she err in not imputing more income.

[42] Given the contextual factors of this case, I disagree with the trial judge's inference that the respondent was not underemployed or underpaid. The only explanation offered concerning the respondent's drop in income from \$70,000 to \$40,000 is that his role within the company's operations had been reduced. There was no evidence explaining why the respondent's parents' company could not continue to provide him with the opportunity to earn the level of income that he enjoyed prior to the failure of his marriage. In fact, the discretionary aspect of the respondent's salary was referred to at the divorce hearing, when his father testified that he could have hired a company to manage the corporation's buildings, collect the rent, and show, clean, and paint the apartments for

\$22,000 a year. Rather, the father chose to employ his son for \$40,000, and commented that he was “paying [his son] a little too much money, but after all, he is my son.” With respect, the trial judge made a palpable and overriding error in focusing solely on the T4 slips in these circumstances. In my view, the appropriate inference is that the respondent is not presently working at full capacity and that he may be considered as underemployed.

[43] This case is exceptional because the respondent is being paid a salary by a company his family owns and controls, and his income dropped significantly at the time of separation with no plausible explanation. That drop in income gives rise, in my view, to a rebuttable presumption that the respondent’s salary is being manipulated. The Supreme Court of Canada explains the ramifications of a rebuttable presumption at para. 22 of *Pecore*: “A rebuttable presumption of law is a legal assumption that a court will make if insufficient evidence is adduced to displace the presumption. The presumption shifts the burden of persuasion to the opposing party who must rebut the presumption.” The applicable presumption here, which may be rebutted by evidence regarding the company’s affairs or the spouse’s continued ability to work, is that the drop in income is an attempt to reduce the amount of support that the parent would ordinarily have to pay to the children of the marriage. In my view, this type of interference with a parental support obligation, without adequate explanation, is unacceptable.

[44] In the present case, the respondent did not meet the burden of adequately explaining why, in the ordinary course of business, his salary had greatly diminished after separation. Applying as well the “other appropriate circumstances” analysis from *Bak*, and the consequences of a party’s failure to disclose financial information from *O’Brien* and *Verwey*, the question which must now be answered is what amount of income the court should impute. As discussed in *Drygala*, the amount must not be arbitrary, but must rather be based on the evidence. I would adopt the figure of \$70,000, based on the respondent’s previous income of \$57,000.00 plus the income split of \$12,000.00. Child support, therefore, should be fixed based on the respondent’s imputed income of \$70,000 per year.

V. Spousal Support

[45] Spousal support raises another issue. A judge must first determine entitlement, and then, if entitlement exists, should apply the federal *Spousal Support Advisory Guidelines*. *Yemchuk v. Yemchuk* (2005), 215 B.C.A.C. 193, [2005] B.C.J. No. 1748 (QL), 2005 BCCA 406, at paras. 63 and 64, illustrates the need to do a thorough analysis of entitlement before any consideration of the *Federal Spousal Advisory Guidelines*:

It is also important to note that the *Advisory Guidelines* do not deal with entitlement to support, but are only relevant to issues of quantum and duration of support once entitlement has been resolved. Nor do they address situations in which there are prior agreements between the parties dealing with spousal support.

It should also be stressed that the *Advisory Guidelines* are intended to reflect the current law, rather than to change it. They were drafted by the authors after extensive analyses of the authorities regarding spousal support across the country, particularly the *Moge* and *Bracklow* decisions and those following thereafter. As recently as July 2005, in the recent decision of *W. v. W.*, 2005 BCSC 1010, [2005] B.C.J. No. 1481, Madam Justice Martinson reviewed numerous decisions in British Columbia following *Moge* and *Bracklow* and stated (at para. 25) that in her view, the *Advisory Guidelines* were in accordance with those authorities. While decisions can undoubtedly be found in which the result would not accord with the *Advisory Guidelines*, I am satisfied that their intention and general effect is to build upon the law as it exists, rather than to present an entirely new approach to the issue of spousal support. For that reason, like Madam Justice Martinson and many other judges, I have no hesitation in viewing the *Advisory Guidelines* as a useful tool to assist judges in assessing the quantum and duration of spousal support. They do not operate to displace the courts' reliance on decided authorities (to the extent that relevant authorities are forthcoming) but to supplement them. In that regard, they do not constitute evidence, but are properly considered as part of counsels' submissions.



This Court endorsed this approach at para. 6 of *Crosman v. Crosman* (2006), 299 N.B.R. (2d) 334, [2006] N.B.J. No. 186 (QL), 2006 NBCA 46. Since the analysis regarding entitlement was not done in the case at bar, I would remit the matter of spousal support to the trial judge for consideration.

VI. Conclusion

[46] I would allow the appeal. Given my finding that the monies advanced to the couple from the respondent's parents were a gift, not a loan, it follows that the money held in trust belongs to the respondent and appellant. I would order that the appellant be paid one-half of the net proceeds from the sale of the marital home, less her share of the marital debt. She is, therefore, entitled to a net payment from the respondent in the amount of \$44,390.03. Given my finding that the respondent is underemployed, I would remit the question of child support to the trial judge, to apply the *Federal Child Support Guidelines* based on the respondent's imputed income of \$70,000.00 and the appellant's estimated annual income of \$19,000.00. The trial judge should also assess whether the children are entitled to arrears, based on the principles enunciated in *D.B.S. v. S.R.G.; L.J.W. v. T.A.R.; Henry v. Henry; Hiemstra v. Hiemstra*, [2006] 2 S.C.R. 231, [2006] S.C.J. No. 37 (QL), 2006 SCC 37. Similarly, I would remit the matter of spousal support to the trial judge to assess entitlement, and, if there is entitlement, to apply the federal *Spousal Support Advisory Guidelines*. I would make no order as to costs because the appellant was not represented by legal counsel.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

- [1] Le présent appel porte sur deux questions : 1) la façon de déterminer si une somme d'argent que des parents donnent à leur enfant et au conjoint ou à la conjointe de ce dernier constitue une donation ou un prêt en l'absence de tout document à cet égard; 2) les circonstances dans lesquelles il est possible d'attribuer un revenu à un conjoint qui travaille pour une compagnie appartenant à sa famille et contrôlée par celle-ci. Cette dernière question est inédite.
- [2] L'appel découle d'une décision rendue par la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, dans laquelle la juge du procès a accordé le divorce aux parties conformément à la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), a rejeté la demande d'aliments de l'appelante, a fixé le montant des aliments au profit des enfants conformément aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, et a réparti les biens matrimoniaux et les dettes matrimoniales conformément à la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1. De plus, la juge du procès a instruit une demande engagée par les parents de l'intimé et leur compagnie afin que le produit de la vente du foyer matrimonial leur soit versé à eux. La juge du procès a ordonné qu'il leur soit versé. Sa décision est publiée à *J.A.M. c. D.L.M.* (2006), 306 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 35, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 453 (QL), 2006 NBBR 359.
- [3] L'appelante, D.L.M., et l'intimé, J.A.M., se sont mariés le 7 mars 1998 et se sont séparés en septembre 2004. Il y a deux enfants à charge dont l'une est née le 31 août 1998 et l'autre, le 3 novembre 2002. Deux ordonnances provisoires ont été rendues par un autre juge de la Cour du Banc de la Reine. La première ordonnance, datée du 23 novembre 2004, concernait la garde provisoire des enfants. Dans la deuxième ordonnance, datée du 5 août 2005, la Cour a attribué un revenu à l'intimé et a ordonné le

versement d'aliments provisoires au profit des enfants ainsi que le versement d'aliments provisoires au profit de l'épouse et la vente du foyer matrimonial.

[4] Au milieu des années 1960, les parents de l'intimé ont commencé à travailler dans l'industrie de la pomme de terre à l'Île-du-Prince-Édouard. Lorsqu'ils eurent économisé suffisamment d'argent, ils ont commencé à investir dans l'immobilier. Depuis 1980, ils ont travaillé d'arrache-pied pour faire de leur compagnie une entreprise florissante. À l'heure actuelle, la compagnie est notamment propriétaire de quarante et un appartements dans la région de Moncton.

[5] L'intimé travaille comme concierge-gérant des immeubles locatifs qui appartiennent à la compagnie de ses parents dans la région de Moncton. Son salaire aurait été de 44 314 \$ en 2004 et de 41 053,11 \$ en 2005.

[6] L'appelante a une formation d'assistante dentaire. C'est toujours elle qui a prodigué les soins essentiels aux enfants. Avant la séparation, elle aussi a travaillé pour la compagnie des parents de l'intimé et sa tâche consistait à faire visiter les appartements à d'éventuels locataires. En 2003, son revenu a été de 15 069,92 \$. En 2005, elle est allée travailler pour la Société des alcools du Nouveau-Brunswick et son revenu s'est établi à 9 449 \$. À l'heure actuelle, elle travaille à un centre d'appels, la semaine, de 9 heures à 14 heures, et à un point de vente de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick la fin de semaine. Des éléments de preuve produits au procès ont établi que pour l'année 2006, son salaire brut prévu s'établissait à environ 19 000 \$.

[7] Les parents de l'intimé ont fourni un versement initial de 62 000 \$ pour aider le couple à acheter le foyer matrimonial. L'acte de transport du foyer matrimonial désigne l'intimé et la compagnie de ses parents comme tenants communs. La compagnie, l'intimé et l'appelante sont les débiteurs hypothécaires et la Banque Nationale du Canada est la créancière hypothécaire. Sur une période de six ans, le couple a effectué onze versements hypothécaires de 500 \$ chacun, soit 5 500 \$ au total. Les parents de l'intimé

ont effectué la majorité des versements hypothécaires pour un montant total de 104 272,79 \$.

[8] Le 28 avril 2006, conformément à une ordonnance judiciaire, le foyer matrimonial a été vendu et le produit de 134 302,07 \$ a été placé en fiducie en attendant l'issue de l'audience sur le divorce. La juge du procès a finalement ordonné que les 134 302,07 \$ soient versés aux parents de l'intimé en remboursement partiel de la dette matrimoniale que le couple avait contractée envers eux. Lors de l'audience sur le divorce, la juge du procès a statué que l'appelante continuerait de prodiguer les soins essentiels aux enfants et que l'intimé aurait un généreux droit d'accès à celles-ci. Aucun revenu n'a été attribué à l'intimé et ses obligations alimentaires envers les enfants ont été déterminées en fonction de la moyenne des revenus mentionnés sur ses feuillets T4 pour les années 2004 et 2005. Aucune dépense spéciale ou extraordinaire n'a été autorisée pour les enfants. La juge a mis fin aux aliments au profit de l'épouse. Après avoir réparti les biens matrimoniaux et les dettes matrimoniales, sans prendre en compte le foyer matrimonial, la Cour a ordonné à l'appelante de verser à l'intimé un paiement d'égalisation de 22 761 \$ au titre des dettes contractées par le couple pendant le mariage. L'appelante demande maintenant que cette décision soit infirmée, modifiée ou annulée et qu'une nouvelle audience soit tenue.

[9] L'appelante a ainsi formulé ses moyens d'appel :

[TRADUCTION]

- a. Négligence de l'avocat – obligée de me représenter moi-même et mal conseillée par l'ancien avocat.
- b. Lors de l'audience relative à la garde provisoire, la preuve avait déjà établi que l'attribution d'un revenu était indiquée – aucun revenu n'a été attribué lors de l'audience finale.
- c. Le juge qui a entendu la demande de garde provisoire a conclu que le revenu [de l'intimé] était douteux mais la juge du procès a néanmoins accepté ce revenu.

- d. La juge du procès a commis une erreur en mettant fin à la pension alimentaire de l'épouse sans donner le motif qui justifie, en droit, cette décision.
- e. Absence de divulgation concernant la question des biens – aucune preuve concernant la provenance de l'argent qui a servi à l'achat de la maison.
- f. La juge a commis une erreur en rejetant ma demande d'ajournement afin que je puisse en appeler de la décision de l'Aide juridique. La juge a dit que l'Aide juridique ne pouvait s'occuper que de la garde et des aliments et pourtant la décision de la juge a eu une incidence considérable sur ces deux questions.
- g. Aucune mention n'a été faite des éléments d'actif que possède l'intimé dans la société.
- h. Les avantages que la société a fournis à l'intimé n'ont pas été pris en compte aux fins de l'attribution d'un revenu lorsqu'on a omis de divulguer le revenu réel qu'il tire de la société.
- i. La juge a commis une erreur en n'attribuant pas de revenu alors que des éléments de preuve établissaient que l'intimé était vice-président, administrateur et actionnaire de la société et un de ses dirigeants et qu'il a omis de divulguer le revenu qu'il tirait de la société.
- j. La juge a commis une erreur en statuant que l'intimé et moi étions tenants de la maison alors qu'il est clair que son nom à lui figurait sur l'acte de transfert.
- k. La juge a commis une erreur en prescrivant le remboursement du versement initial fait sur le prix de la maison et des versements hypothécaires en l'absence d'un quelconque élément de preuve à l'appui de ce remboursement.
- l. La dette divulguée par l'intimé n'était étayée par aucun document permettant de déterminer s'il s'agissait d'une dette matrimoniale. Pourtant, la juge l'a acceptée comme dette matrimoniale.

- m. La juge a commis une erreur en acceptant le montant du revenu et du REER que l'intimé a divulgué. Selon la décision de la juge, le revenu de l'intimé ne le situe pas dans cette tranche d'imposition mais là encore, rien ne permet de savoir quel montant elle a défalqué.

J'estime que parmi ces treize moyens d'appel, ceux qui sont fondés sont ceux qui se rapportent à l'attribution d'un revenu à l'intimé et à la question de savoir si les paiements que les parents de l'intimé ont faits au couple constituent une donation ou un prêt.

## II. La requête en présentation de preuves nouvelles

[10] À l'audience tenue devant nous, l'appelante a demandé, par voie de motion, l'autorisation de présenter des preuves nouvelles conformément à la règle 62.21(2)c) des *Règles de procédure*. Ses preuves « nouvelles » comprenaient des documents relatifs aux finances des parties. Un examen attentif de ces éléments de preuve mène à la conclusion inévitable que si une diligence raisonnable avait été exercée, ils auraient pu être produits au procès. Je suis donc d'avis de rejeter la motion en présentation de preuves nouvelles puisqu'elle ne satisfait pas au critère régissant l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel qu'a énoncé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n° 126 (QL).

## III. La norme de contrôle

[11] En ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, la Cour d'appel ne doit intervenir que si le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve. L'erreur manifeste et dominante est une erreur qui est évidente à la lecture du dossier : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33, par. 10. Cette même norme s'applique aux inférences factuelles (voir le par. 25 de l'arrêt *Housen*).

[12] Dans l'arrêt *Waxman et al. c. Waxman et al.* (2004), 186 O.A.C. 201, [2004] O.J. No. 1765 (QL), on trouve un résumé fort utile de ce qu'il faut entendre par l'expression « erreur manifeste et dominante », aux par. 296 et 297 :

[TRADUCTION]

La norme de l'« erreur manifeste et dominante » concerne à la fois la nature de l'erreur factuelle et son incidence sur l'issue de l'affaire. Une erreur « manifeste » est une erreur qui est tout à fait évidente : *Housen*, à la page 246. Les erreurs factuelles « manifestes » consistent notamment en des conclusions tirées en l'absence totale de preuves, des conclusions incompatibles avec la preuve établie, des conclusions fondées sur une interprétation erronée de la preuve et des conclusions de faits tirées à partir de faits primaires qui résultent d'une conjecture plutôt que d'une inférence.

Une erreur « dominante » est une erreur qui est suffisamment importante pour vicier la conclusion de fait contestée. Lorsque la conclusion de fait contestée est fondée sur une multitude de conclusions, la conclusion voulant qu'une ou plusieurs de ces conclusions soient fondées sur une erreur « manifeste » ne signifie pas nécessairement que l'erreur est également « dominante ». L'appelant doit établir que l'erreur compromet irrémédiablement la conclusion de fait contestée, à tel point que le fait ne saurait être confirmé étant donné cette erreur : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la page 281.

Notre Cour a souscrit à ce passage au par. 26 de l'arrêt *R. c. Arsenault (D.J.)* (2005), 295 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 123, [2005] A.N.-B. n<sup>o</sup> 529 (QL), 2005 NBCA 110.

IV. Les questions à trancher

A. *Les sommes que les parents de l'intimé ont versées à l'intimé et à l'appelante pour l'achat du foyer matrimonial doivent-elles être considérées comme une donation ou comme un prêt?*

[13] Essentiellement, la question à laquelle il faut répondre en l'espèce consiste à savoir quelle preuve est nécessaire aux fins d'établir si les sommes d'argent en question étaient un prêt ou une donation. L'intimé, ses parents et la société qui est partie à l'instance prétendent que l'intimé et l'appelante avaient tous deux promis de refinancer le prêt et de rembourser l'argent aux parents de l'intimé dans un délai de cinq ans. L'intimé et ses parents prétendent que c'est à bon droit que la juge du procès a ordonné que la somme obtenue par suite de la vente du foyer matrimonial soit transférée aux parents en guise de remboursement d'un prêt. Ils prétendent que la somme prêtée consiste dans le versement initial de 62 000 \$ à valoir sur le prix du foyer matrimonial plus les versements hypothécaires et les paiements au titre des impôts qui ont été faits au nom du couple. Selon la juge du procès, ces montants s'établissent au total à 166 230,52 \$.

[14] L'appelante prétend que les sommes reçues au titre du versement initial, des versements hypothécaires et des impôts ont constitué une donation et non un prêt. Elle prétend avoir droit à la moitié du produit de la vente du bien-fonds puisque la famille a occupé celui-ci en tant que foyer matrimonial au sens de l'article 16 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.

[15] La juge du procès a statué, au par. 90, que les sommes que les parents de l'intimé ont versées au couple ont constitué un prêt :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne le versement initial ainsi que les versements hypothécaires mensuels, dont le montant s'établit au total à 166 230,52 \$, je conclus qu'il s'agissait non pas d'une donation mais d'un prêt que les parents de J.A.M. ont consenti aux parties. Il y a toujours eu une intention de rembourser ces sommes. Ce prêt est une dette matrimoniale qui sera remboursée par prélèvement des sommes nécessaires sur le produit de la vente de la maison.

[16] Pour les motifs qui suivent, j'estime que la juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en statuant que cette somme d'argent a, en fait, constitué un prêt. Ses motifs écrits ne contiennent aucune analyse sur ce point parce qu'aucune



argumentation ne lui a été présentée sur la question de droit en cause. Les seuls éléments de preuves pertinents ont été le témoignage oral des parties. En somme, elle n'a mentionné aucun témoignage ni aucun élément de preuve précis, comme un billet à ordre, qui l'aurait amenée à la conclusion à laquelle elle est parvenue.

[17] Dans une affaire récente sur laquelle la Cour suprême du Canada a statué, l'affaire *Pecore c. Pecore*, [2007] 1 R.C.S. 795, [2007] A.C.S. n° 17 (QL), 2007 CSC 17, un père avait placé à titre gratuit des biens dans des comptes de banque et de placement conjoints établis à son nom et à celui de sa fille adulte. La question à trancher était celle de savoir si les éléments d'actif que contenaient les comptes conjoints devaient être inclus dans la succession du père au décès de celui-ci ou si la fille avait un droit de survie. La Cour a réexaminé les règles de droit concernant la présomption de fiducie résultative et la présomption d'avancement. Le juge Rothstein a énoncé différents principes relatifs à ces présomptions et a conclu que la présomption d'avancement ne s'appliquait pas entre parents et enfants adultes (la juge Abella étant dissidente sur ce point). Le même principe a été énoncé dans le pourvoi connexe *Succession Madsen c. Saylor*, [2007] 1 R.C.S. 838, [2007] A.C.S. n° 18 (QL), 2007 CSC 18.

[18] Puisque dans l'arrêt *Pecore*, la Cour suprême du Canada a limité l'applicabilité de la présomption aux situations où un parent avance des sommes à un enfant mineur, il faut appliquer d'autres critères pour déterminer si un transfert en faveur d'un enfant adulte constitue un prêt ou une donation. Dans les instances dont la Cour suprême était saisie, il s'agissait d'argent placé dans des comptes conjoints; le contexte factuel qui nous occupe en l'espèce est différent parce que les parents ont payé certaines dettes pour le compte de leur fils et de leur bru pendant la durée du mariage. Plusieurs arrêts ont traité de la qualification des transferts d'argent faits par des parents en faveur de leurs enfants dans le cadre de litiges concernant le partage des biens matrimoniaux. Aucune des instances en question n'a été tranchée sur la base d'une présomption d'avancement.

[19] Dans l'affaire *Locke c. Locke*, [2000] B.C.J. No. 1850 (QL), 2000 BCSC 1300, la Cour suprême de la Colombie-Britannique était saisie de la question [TRADUCTION] « de la donation ou du prêt ». Le juge Wilson a tenu compte des facteurs suivants pour déterminer si les sommes que les grands-parents de l'intimé avaient avancées à un couple adulte pour l'achat d'un foyer matrimonial étaient, en fait, une donation (au par. 20) :

- [TRADUCTION]
- 1) Y avait-il des documents contemporains établissant qu'il s'agissait d'un prêt?
  - 2) Les modalités de remboursement étaient-elles précisées?
  - 3) Y avait-il une sûreté en garantie du prêt?
  - 4) Des avances ont-elles été faites à un des enfants et pas aux autres, ou des avances dont les montants étaient inégaux ont-elles été faites à différents enfants?
  - 5) Une demande de remboursement a-t-elle été faite avant la séparation des parties?
  - 6) Y a-t-il eu remboursement partiel?
  - 7) S'attendait-on à un remboursement, ou celui-ci était-il probable?

Voir aussi les décisions *Seiffert c. Bryce* (2001), 104 A.C.W.S. (3d) 109 (C. sup. de justice), [2001] O.J. No. 969 (QL); *Wiens c. Wiens* (1991), 31 R.F.L. (3d) 265 (C.S.), [1991] B.C.J. No. 274 (QL); et *Anderson c. Anderson* (1997), 193 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1 (C.B.R.), [1997] A.N.-B. n<sup>o</sup> 402 (QL), aux par. 10 à 20.

[20] Si j'applique les critères susmentionnés à la présente instance, il est clair qu'il n'y avait aucune preuve appuyant la conclusion selon laquelle les sommes d'argent transférées constituaient un prêt : il n'y avait aucun document contemporain établissant qu'il s'agissait d'un prêt; aucune modalité de remboursement n'était précisée; il n'y avait

aucune sûreté en garantie du prêt; il y avait des éléments de preuve établissant que des cadeaux dont les montants étaient moindres avaient été faits à divers autres enfants; il n'y avait eu aucune demande de remboursement avant la séparation des parties; certains versements hypothécaires avaient été faits mais aucun remboursement partiel des sommes avancées et enfin, un remboursement était peu probable étant donné la situation financière des parties. Tout donne à penser que les sommes qui ont été transférées au couple constituaient une donation.

[21] Selon les parents de l'intimé, ce sont eux personnellement et non leur compagnie qui ont transféré l'argent en question au couple. L'argent provenait de l'épargne qu'ils avaient, ont-ils prétendu, mise de côté pour leur retraite. Leur expert-comptable avait préparé, en vue du procès, un document intitulé [TRADUCTION] « Calendrier des paiements faits au titre du bien-fonds sis promenade Sandalwood » qui indique que le montant exigible s'établissait, y compris les intérêts, à 199 420,31 \$ en date du 20 avril 2006.

[22] Les parents de l'intimé semblent être des gens d'affaires expérimentés qui ont profité des conseils de professionnels en matière juridique et financière; ils n'ont pas manqué de souligner la confiance qu'ils ont en leur expert-comptable. Ils ont apporté le plus grand soin à la préparation de l'acte de transport du foyer matrimonial et à la convention hypothécaire. De plus, l'épouse a été priée de signer et a signé un contrat domestique concernant les biens subséquentement acquis. Il est à remarquer que bien que ce contrat ne soit pas pertinent en ce qui concerne les questions à trancher dans le cadre du présent appel, il dénote, de la part de la famille de l'intimé, un certain degré de prudence relativement à ses actifs. Par conséquent, l'absence de tout document (comme un billet à ordre, une convention de prêt ou un autre document) relativement à une somme aussi importante (166 272,74 \$) appuie l'inférence voulant qu'il n'y ait pas eu de prêt.

[23] Le père de l'intimé a témoigné que le versement initial de 62 000 \$ devait être remboursé dans un délai de cinq ans. Selon l'intimé et ses parents, le couple devait

également rembourser les 104 272,79 \$, plus les intérêts, affectés aux versements hypothécaires et aux impôts fonciers. J'estime que cette prétention est manifestement déraisonnable étant donné la situation financière du couple au moment de l'achat du foyer matrimonial; le revenu combiné du couple n'était alors que d'environ 70 000 \$ et il est contraire au bon sens de s'attendre à ce que le couple ait pu payer ses frais de subsistance et rembourser les 166 272,79 \$ – avec ou sans les intérêts – sur une période de cinq ans. L'appelante était une mère au foyer et était chargée de l'entretien quotidien du foyer et l'intimé était concierge et gérant d'appartements. L'état financier de l'intimé, qui a été fait sous serment le 18 novembre 2004, indique un revenu de 57 210 \$, une dette totale de 338 826,36 \$ et des dépenses mensuelles de 6 542,33 \$. En outre, les éléments de preuve relatifs à leur mode de vie donnent à penser que les parents n'ont pas pressé le couple de rembourser l'argent dans le délai de cinq ans et il n'existait aucune convention en ce qui concernait le moment où il serait remboursé. De plus, les parents de l'intimé ont fait d'autres cadeaux au couple pendant le mariage. Ainsi, pendant que le couple habitait au foyer matrimonial, il a fait installer une piscine creusée (payée par les parents de l'intimé) et a fait faire des travaux de rénovation dans la maison (également payés par les parents de l'intimé). Le couple faisait également de la navigation de plaisance, conduisait des automobiles chères, cotisait à des régimes d'épargne-retraite et avait dans l'ensemble un mode de vie qui était largement au-dessus de ses moyens. Il semble que les parents de l'intimé n'ont nullement tenté de déconseiller ce mode de vie, d'exercer une influence sur les habitudes du couple en matière de dépenses afin de pouvoir recouvrer leur argent ou d'exiger un remboursement avant la séparation du couple. La seule preuve de l'engagement de rembourser l'argent dans un délai de cinq ans est le témoignage oral de l'intimé et de ses parents. On ne saurait reconnaître une grande force probante à ces déclarations ultérieures à la séparation puisqu'il n'existe ni preuve documentaire ni corroboration de la part d'un tiers neutre.

[24] Je conclus donc, après avoir examiné les facteurs énumérés dans la décision *Locke* et la preuve produite, que la seule inférence raisonnable est que les sommes que les parents ont remises à leur fils et à leur bru ne constituaient pas un prêt. Il s'agissait d'une donation.

[25] Il est évident que l'intention du couple a toujours été de faire de la maison en question son foyer matrimonial et cela n'a pas été contesté au procès. Par conséquent, l'intimé et l'appelante ont droit aux 134 302,07 \$, l'appelante ayant droit à 67 151,03 \$, somme qui est égale à la moitié du produit de la vente du foyer matrimonial.

[26] La juge du procès a ordonné à l'appelante de verser à l'intimé un paiement d'égalisation de 22 761 \$ afin de régler une série de dettes que le couple a contractées pendant le mariage. Ce paiement d'égalisation doit être soustrait de la part du produit de la vente du foyer matrimonial qui revient à l'appelante, de telle sorte qu'elle aura droit à un paiement net de 44 390,03 \$ de la part de l'intimé.

B. *L'attribution d'un revenu*

[27] La deuxième question à trancher dans le cadre du présent appel concerne l'attribution d'un revenu. Plus précisément, les faits de la présente instance soulèvent la question de savoir de quelle manière le juge du procès doit attribuer un revenu lorsque le conjoint débiteur travaille pour une compagnie qui appartient à sa famille et est contrôlée par celle-ci.

[28] Au procès, l'appelante a prétendu qu'il y avait lieu d'attribuer à l'intimé un revenu de 120 000 \$. Elle affirme avoir possédé des renseignements relatifs à leur situation financière pendant les six années qu'a duré leur mariage. Elle déclare que l'intimé lui avait ouvertement et fréquemment confirmé, ainsi qu'à des membres de leur famille, à des amis, à des voisins et à des connaissances, qu'il était effectivement un des propriétaires de la compagnie.

[29] Ces dernières années, les législateurs et d'autres décideurs dans tout le Canada ont prêté une attention considérable aux conséquences financières du divorce et de la séparation pour les enfants. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* ont été adoptées afin d'améliorer le sort de ces enfants sur le plan financier. Toute application des dispositions des *Lignes directrices fédérales sur les*

*pensions alimentaires pour enfants* doit avoir lieu à la lumière des objectifs énoncés à l'art. 1 :

#### Objectifs

1. Les présentes lignes directrices 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.

[30] Le paragraphe 19(1) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* dispose que le tribunal peut attribuer à l'époux le montant de revenu « qu'il juge indiqué », notamment dans neuf cas précis. Les neuf situations mentionnées ne constituent pas une liste exhaustive et le paragraphe confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire considérable aux fins de l'attribution d'un revenu (voir la décision *D.L.A. c. J.T.A.* (1999), 241 A.R. 361, [1999] A.J. No. 312 (QL), 1999 ABQB 221). Les cas énumérés qui sont pertinents en l'espèce sont les suivants :

19. (1) Le tribunal peut attribuer à l'époux le montant de revenu qu'il juge indiqué, notamment dans les cas suivants :

- a) l'époux a choisi de ne pas travailler ou d'être sous-employé, sauf s'il a fait un tel choix lorsque l'exigent les besoins d'un enfant à charge ou de tout autre enfant mineur ou des circonstances

raisonnables liées à sa santé ou la poursuite d'études par lui;

[...]

- f) il n'a pas fourni les renseignements sur le revenu qu'il est légalement tenu de fournir[.]

[31] Dans la décision *Pagani c. Pagani*, [1999] B.C.J. No. 3051 (QL), 2000 BCSC 75, la juge Martinson a résumé, au par. 19, les règles de droit qui régissent l'attribution de revenu :

[TRADUCTION]

L'attribution d'un revenu est la façon dont la Cour donne effet à la prescription juridique qui veut qu'un parent doive gagner ce que le parent est capable de gagner. Dans l'arrêt *Van Gool c. Van Gool* (1998), 166 D.L.R. (4th) 528, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a souligné que les dispositions des *Lignes directrices* relatives à l'attribution de revenu sont semblables aux critères antérieurs aux *Lignes directrices* qui étaient fondés sur la capacité. C'est-à-dire que la Cour doit tenir compte non seulement du montant du revenu que l'époux gagne réellement mais aussi du [TRADUCTION] « montant du revenu que l'époux pourrait gagner s'il travaillait à la mesure de ses capacités ».

[32] Dans l'arrêt *Donovan c. Donovan* (2000), 150 Man. R. (2d) 116, [2000] M.J. No. 407 (QL), 2000 MBCA 80, la juge d'appel Steel a examiné l'importance du contexte lorsqu'il s'agit de statuer sur la capacité d'un conjoint débiteur de gagner un revenu (aux par. 18 et 19) :

[TRADUCTION]

La décision sur la question de savoir si une personne est capable de gagner un revenu supérieur à celui qu'elle gagne actuellement dépend du contexte. Essentiellement, la Cour attribue un revenu de la même manière qu'elle le faisait avant l'adoption des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Le conjoint débiteur conserve le droit de prendre des décisions en ce qui concerne le développement de sa carrière à la condition que

ces décisions soient raisonnables au moment où elles sont prises compte tenu de l'ensemble des circonstances.

La question est de savoir ce qui est raisonnable dans les circonstances :

Pour déterminer s'il y a lieu d'attribuer un revenu parce que le conjoint a choisi de ne pas travailler ou d'être sous-employé, la Cour devrait tenir compte de ce qui est raisonnable dans les circonstances. L'âge, l'instruction, l'expérience, les compétences et l'état de santé du débiteur sont des facteurs qu'il faut prendre en considération outre des éléments comme la possibilité de trouver du travail, la liberté de se réinstaller ailleurs et d'autres obligations.

Voir aussi les décisions *Carson c. Buziak* (1998), 166 Sask. R. 8 (C.B.R.), [1998] S.J. No. 229 (QL); *Thompson c. Thompson*, [1998] A.J. No. 1394 (QL), 1998 ABQB 1015; et *Lobo c. Lobo* (1999), 240 A.R. 257, [1999] A.J. No. 113 (QL), 1999 ABQB 107.

[33] Comme le dit la Cour au par. 21 de l'arrêt *Donovan*, les principes directeurs suivants peuvent être pris en compte au moment de déterminer s'il y a lieu d'attribuer un revenu :

[TRADUCTION]

1. Il existe une obligation, pour le père ou la mère, de chercher un emploi dans le cas où il ou elle est en bonne santé et où il n'y a aucune raison qui l'empêche de travailler. Ce n'est [TRADUCTION] « pas une défense valable, de la part d'une personne qui a des obligations alimentaires envers un enfant, de dire qu'elle ne travaille pas et qu'elle n'a pas l'intention de chercher du travail ou que sa capacité de gagner un revenu est un facteur qui n'est pas pertinent » (*Van Gool c. Van Gool* (1998), 166 D.L.R. (4th) 528 (C.A.C.-B.)).

2. Au moment d'attribuer un revenu parce que le conjoint a choisi d'être sous-employé, la Cour doit tenir compte de ce qui est raisonnable dans les circonstances. L'âge, l'instruction, l'expérience, les compétences et l'état de santé du parent sont des facteurs qu'il faut prendre en considération outre des éléments comme la possibilité de



trouver du travail, la liberté de se réinstaller ailleurs et d'autres obligations.

3. L'expérience et les compétences professionnelles limitées d'un père ou d'une mère ne justifient pas l'omission de chercher un emploi qui ne nécessite pas des compétences importantes ou un emploi dans le cadre duquel les compétences nécessaires peuvent être acquises sur le tas. Bien que cela puisse vouloir dire que les possibilités d'emploi se situent au bas de l'échelle salariale, les tribunaux n'ont jamais sanctionné le refus d'un père ou d'une mère de prendre des mesures raisonnables pour subvenir aux besoins de ses enfants pour la simple raison qu'il ou elle ne peut obtenir un emploi intéressant ou très bien rémunéré.

4. La persistance à occuper un emploi mal payé peut autoriser la Cour à attribuer un revenu.

5. Un père ou une mère ne peut être dégagé de ses obligations alimentaires envers ses enfants pour suivre des aspirations professionnelles irréalistes ou improductives.

6. En règle générale, un père ou une mère ne peut se soustraire à ses obligations alimentaires envers ses enfants au moyen d'une réduction de revenu due à son propre fait.

[34] Finalement, comme nous l'avons déjà fait observer, les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire considérable lorsqu'il s'agit d'attribuer un revenu et aucune formule précise ne semble être employée dans le cadre de cet exercice. La Cour doit tenir compte de la capacité financière du conjoint débiteur lorsqu'elle applique les dispositions des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Dans l'arrêt *Lee c. Lee* (1998), 167 Nfld. & P.E.I.R. 176, [1998] N.J. No. 247 (QL) (au par. 4), la Cour suprême de Terre-Neuve (Division d'appel) a examiné les objectifs des *Lignes directrices* et le principe qui les sous-tend :

[TRADUCTION]

Elles supposent qu'un certain revenu brut devrait, sauf circonstances extraordinaires, se traduire par la capacité de verser une pension alimentaire minimale donnée, suivant des études économiques menées sur les dépenses moyennes

engagées, à divers niveaux de revenu, pour les enfants. La pension alimentaire doit provenir du revenu futur du conjoint débiteur. Le principe demeure la capacité de payer. En ce sens, le calcul des aliments des enfants est prospectif. Dans cette entreprise de prédiction, toutefois, les données antérieures sont évidemment importantes et permettent d'ordinaire de cerner au mieux la capacité actuelle de payer.

[C'est moi qui souligne.]

[35] Comme l'a expliqué le professeur Rollie Thompson dans un article intitulé « Slackers, Shirkers, and Career-Changers: Imputing Income for Under-Employment and Unemployment », *Law Society of Upper Canada Special Lectures 2006: Family Law* (Irwin Law : Toronto, 2006), la question de l'attribution d'un revenu englobe généralement un certain nombre de catégories. Ces catégories comprennent des situations dans lesquelles un parent est en bonne santé mais ne cherche pas de travail, a choisi d'être sous-employé ou refuse de prendre un emploi qui n'est pas intéressant ou très bien rémunéré. Les tribunaux ont examiné des éléments très divers aux fins d'essayer de déterminer la capacité d'une personne de gagner un revenu, dont des facteurs comme les antécédents professionnels, l'âge, l'instruction, les compétences, l'état de santé, le niveau de vie à l'époque où les parties étaient mariées et les perspectives d'emploi : *Quintal c. Quintal* (1997), 38 O.T.C. 68 (Div. gén.), [1997] O.J. No. 3444 (QL).

[36] Dans une décision récente, l'arrêt *Bak c. Dobell* (2007), 224 O.A.C. 10, [2007] O.J. No. 1489 (QL), 2007 ONCA 304, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que bien que la règle générale veuille que la pension alimentaire pour enfants soit calculée en fonction du revenu total du parent aux fins de l'impôt sur le revenu, certaines exceptions sont possibles sous le régime de l'art. 19 des *Lignes directrices*. La Cour a conclu que bien que la preuve relative au mode de vie d'une personne n'établisse pas le revenu de cette personne d'une façon concluante, il s'agit d'une preuve à partir de laquelle on peut inférer que le conjoint débiteur a un revenu non divulgué qui peut lui être attribué aux fins de déterminer le montant de son obligation alimentaire envers ses enfants. La juge d'appel Lang a fait les commentaires suivants à propos des éléments susceptibles d'être pris en compte en vertu de l'art. 19 (aux par. 34 à 37) :

[TRADUCTION]

La liste des cas mentionnés au par. 19(1) n'est pas exhaustive : le législateur dispose seulement que ceux-ci consistent « notamment » dans les éléments *a*) à *i*). De plus, il n'y a rien dans cette disposition qui donne à penser que les autres cas acceptables doivent être analogues à ceux qui sont expressément mentionnés, quoique la similitude du cas avec un de ceux qui sont énumérés au par. 19(1) appuie l'attribution d'un revenu, pour la simple raison que le cas en question serait compatible avec l'intention du législateur [voir la note 3 ci-dessous]. L'absence de similitude avec un des cas énumérés est tout simplement un facteur à prendre en considération au moment d'interpréter la disposition. [Note 3 : voir l'arrêt *Hunt c. Smolis-Hunt* (2001), 20 R.F.L. (5th) 409 (C.A. Alb.) au par. 46.]

Dans certaines instances, les tribunaux ont statué que pour qu'une nouvelle situation soit acceptable il doit y avoir une certaine similitude entre celle-ci et les cas énumérés [voir la note 4 ci-dessous]. Dans l'arrêt *Riel c. Holland*, [2003] O.J. No. 3901 (C.A.), toutefois, la Cour a clairement dit que les cas énumérés sont simplement des exemples et qu'il est possible que l'on découvre de nouvelles situations dans lesquelles il y a lieu d'attribuer un revenu, à la condition que le nouveau moyen invoqué soit compatible avec l'objet du par. 19(1) et les *Lignes directrices* dans leur ensemble. Pendant qu'il rendait le jugement de notre Cour dans l'affaire *Riel*, le juge d'appel MacPherson a tiré la conclusion suivante au par. 36 :

[TRADUCTION]

Le libellé de l'art. 19 des *Lignes directrices* n'est pas limitatif (« notamment dans les cas suivants »), ce qui indique que les catégories énumérées à ce paragraphe ne sont que des exemples de situations dans lesquelles un revenu peut être attribué. Il existe donc d'autres hypothèses dans lesquelles il pourrait et devrait y avoir attribution d'un revenu. [Note 4 : voir par exemple les décisions *Risen c. Risen*, [1998] O.J. No. 3184 (Div. gén.) et *Mascarenhas c. Mascarenhas* (1999), 44 R.F.L. (4th) 131 (Div. gén. Ont.)].

Si la situation s'y prête, tout particulièrement s'il s'agit d'une situation qui n'a pas été prévue par le législateur, la

Cour a le pouvoir discrétionnaire, qu'elle doit exercer en se fondant sur une justification de principe, d'attribuer un revenu au parent débiteur. Lorsqu'elle examine la question de savoir s'il s'agit d'une situation dans laquelle elle est fondée à attribuer un revenu, la Cour tient compte des objectifs des *Lignes directrices* qui consistent à établir un soutien alimentaire équitable compte tenu des moyens des père et mère, d'une façon objective qui réduit les conflits, assure un traitement uniforme et favorise le règlement des affaires.

Par conséquent le libellé non limitatif du par. 19(1) ne signifie pas que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire absolu d'ajouter de nouvelles situations, étant donné, tout particulièrement, que l'examen des dispositions en question donne à penser que le législateur a délibérément voulu exclure un cas précis.

Dans certaines décisions ontariennes antérieures, le même raisonnement a été suivi. Dans la décision *Davids c. Davids* (1998), 66 O.T.C. 321 (Div. gén.), [1998] O.J. No. 2859 (QL), la Cour a tiré comme inférence que les revenus du mari étaient supérieurs à ceux qu'il avait déclarés après qu'un expert-comptable eut pu montrer à partir des renseignements financiers du mari que celui-ci tirait un revenu d'une source qu'il ne pouvait pas ou ne voulait pas expliquer. Dans l'affaire *Biamonte c. Biamonte* (1998), 36 R.F.L. (4th) 349 (Div. gén.), [1998] O.J. No. 541 (QL), sur la foi d'éléments de preuve relatifs au mode de vie des parties, un revenu a été attribué à un père après que l'on eut établi que le restaurant qu'il exploitait lui versait une fraction en espèces qui s'ajoutait à son revenu déclaré.

[37] Il se peut que la présente instance s'inscrive dans les [TRADUCTION] « autres cas acceptables » tel qu'il est prévu dans l'arrêt *Bak*. Ce qui semble être un sous-emploi délibéré ou une rémunération délibérément insuffisante de la part d'une compagnie appartenant aux parents d'un des conjoints, du fait que cela coïncide avec la séparation, peut donner lieu à une inférence selon laquelle la baisse de revenu avait pour objet de faire échec à une ordonnance alimentaire. Par conséquent, la Cour pourrait attribuer le montant qu'elle juge approprié.

[38] L'appelante a également soulevé la question de la divulgation des renseignements financiers de l'intimé. Dans son analyse relative à l'attribution d'un revenu à l'intimé, la juge du procès a seulement tenu compte du revenu que celui-ci avait gagné en 2004 et en 2005, soit les deux années qui ont suivi la séparation. Il n'y a eu aucune analyse d'autres circonstances pertinentes. Voici ce qu'a dit la juge du procès aux par. 56 à 62 :

[TRADUCTION]

Pour trancher la question des aliments au profit des enfants et de l'épouse, il faut déterminer le revenu de J.A.M.

Dans sa décision du 5 août 2005, le juge qui a entendu la motion a attribué un revenu de 70 000 \$ à J.A.M. On trouve, aux par. 28 et 29 de sa décision, l'analyse sur laquelle il s'est appuyé pour en arriver à ce chiffre. Ces paragraphes sont ainsi rédigés :

[TRADUCTION]

Comme nous l'avons vu, la preuve relative au revenu des deux parties indique que J.A.M. gagne actuellement 35 000 \$ bien qu'il ait gagné environ 57 200 \$. D.L.M. gagne actuellement 17 680 \$. Avant la séparation, elle gagnait environ 12 000 \$, ce qui semble constituer un partage du revenu.

Après avoir entendu la preuve dans son ensemble, je conclus qu'il est plutôt commode que le revenu de J.A.M. ait chuté à 35 000 \$. Je n'accepte pas qu'il s'agisse là de son revenu et je suis disposé à lui attribuer un revenu ainsi calculé : un revenu antérieur de 57 000 \$ plus les 12 000 \$ issus du partage du revenu, pour un total que j'arrondis à 70 000 \$.

Les articles 15 à 19 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* sont pertinents à cet égard. Ils sont ainsi rédigés : [omis].

D.L.M. prétend que la Cour devrait attribuer à J.A.M. un revenu de 120 000 \$.

Selon les formules T4 qui ont été produites, le revenu de J.A.M. pour les années 2004 et 2005 a été de 44 314 \$ et de 41 053,11 \$ respectivement.

J.A.M. est actionnaire de la société et on prétend qu'il en serait le vice-président. Pendant toute la durée de l'audience, aucune preuve n'a été produite relativement aux finances de la société. De plus, et quel que soit le poste qu'occupe [le mari] au sein de la société, on n'a produit aucun élément de preuve concernant des avantages ou des dividendes que la société aurait accordés ou versés [au mari] ou que celui-ci aurait tirés d'un fonds fiduciaire.

Par conséquent, le revenu de J.A.M. aux fins de la détermination de son obligation alimentaire envers les enfants est de 42 683,55 \$, soit la moyenne du revenu indiqué sur les formules T4 pour les années 2004 et 2005. Il s'ensuit que conformément aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, ses obligations alimentaires envers les enfants s'établiront à 611 \$ par mois à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2006, montant qui sera par la suite payable le premier de chaque mois.

[C'est moi qui souligne.]

[39] Les parties sont tenues d'une obligation positive de divulguer des renseignements financiers. La règle 72.14 des *Règles de procédure*, qui s'intitule « États financiers », leur impose cette obligation et se rapporte aux par. 21(1) et 21(2) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Pour permettre à la Cour de déterminer le revenu des parties conformément aux *Lignes directrices*, l'art. 21 prescrit que le demandeur et l'intimé doivent tous deux déposer :

- a) une copie de ses déclarations de revenus personnelles, pour les trois dernières années d'imposition;
- b) une copie de ses avis de cotisation et de nouvelle cotisation, pour les trois dernières années d'imposition;
- c) s'il est un employé, le relevé de paye le plus récent faisant état des gains cumulatifs pour l'année en cours, y compris les payes de surtemps ou, si un tel

relevé n'est fourni par l'employeur, une lettre de celui-ci précisant ces renseignements et le salaire ou la rémunération annuels de l'employé;

- d) s'il est un travailleur indépendant, pour les trois dernières années d'imposition :
- (i) les états financiers de son entreprise ou de sa pratique professionnelle, sauf s'il s'agit d'une société de personnes,
  - (ii) un relevé de la répartition des montants payés, au titre notamment des salaires, rémunérations, frais de gestion ou avantages, à des particuliers ou sociétés avec qui il a un lien de dépendance, ou au nom de ceux-ci[.]

[C'est moi qui souligne.]

[40] Dans l'arrêt *O'Brien c. O'Brien* (2007), 312 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 302, [2007] A.N.-B. n° 114 (QL), 2007 NBCA 22, au par. 10, notre Cour a fait état de l'obligation du conjoint débiteur de produire des renseignements financiers conformément à la règle 72.14 des *Règles de procédure* et à l'art. 21 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* :

La règle 72.14(1) traite expressément de la divulgation de renseignements financiers lorsqu'une requête en divorce contient une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant, une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un époux et une demande de répartition des biens. Lorsqu'une demande d'ordonnance alimentaire au profit d'un enfant est déposée, l'intimé a l'obligation concomitante, en vertu de la règle 72.14(1)a), de déposer un état financier ainsi que les renseignements sur son revenu tel qu'il est exigé par les lignes directrices applicables. Cette dernière exigence se rapporte aux renseignements qui doivent être fournis sous le régime de l'art. 21 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. De même, en vertu des règles 72.14(1)b) et c), des renseignements sur le revenu doivent être déposés.

Dans l'arrêt *Verwey c. Verwey*, [2007] M.J. No. 309 (QL), 2007 MBCA 102, la Cour a conclu que la divulgation de renseignements financiers insuffisants justifiait la décision du juge d'attribuer un revenu additionnel puisque le père avait [TRADUCTION] « omis de satisfaire aux conditions minimales prescrites par la loi ». Le montant que la Cour peut attribuer, toutefois, est assujéti à certaines restrictions, comme l'a dit la Cour d'appel de l'Ontario, au par. 44 de l'arrêt *Drygala c. Pauli* (2002), 61 O.R. (3d) 711 (C.A.), [2002] O.J. No. 3731 (QL) :

[TRADUCTION]

L'article 19 des *Lignes directrices* ne donne pas au juge la latitude de choisir arbitrairement le montant à attribuer à titre de revenu. Il faut que le montant fixé repose sur un fondement rationnel. L'exercice du pouvoir d'appréciation souveraine du juge en la matière doit s'appuyer sur des preuves.

[41] La principale difficulté, en l'espèce, tient au fait que malgré les obligations qui existent en matière de divulgation financière, la preuve produite au procès était insuffisante pour établir clairement la rémunération versée à l'intimé et pourquoi il était rémunéré. Étant donné ce manque d'éléments de preuve, la Cour doit nécessairement tirer des inférences. La juge du procès semble n'avoir eu à sa disposition que les feuillets T4 de l'intimé pour les années 2004 et 2005, lesquels indiquent un revenu de 44 314 \$ et de 41 053,11 \$, respectivement; s'appuyant sur la moyenne de son revenu pour ces deux années, elle a déterminé que son revenu s'établissait à 42 683,55 \$. La juge du procès n'a attribué aucun revenu à l'intimé en s'appuyant sur les revenus qu'il gagnait avant la rupture du mariage en 2004. Les principales questions qu'il faut poser sont les suivantes : (1) La juge du procès a-t-elle commis une erreur en statuant que l'intimé n'était pas sous-employé? (2) A-t-elle commis une erreur en ne lui attribuant pas un revenu supérieur?

[42] Étant donné les facteurs contextuels de la présente instance, je ne souscris pas à l'inférence qu'a tirée la juge du procès selon laquelle l'intimé n'était ni sous-employé ni sous-payé. La seule explication donnée concernant la baisse de revenu de l'intimé, lequel



est passé de 70 000 \$ à 40 000 \$, était que le rôle qu'il jouait dans le cadre de l'exploitation de la compagnie avait été réduit. Il n'y avait aucun élément de preuve expliquant pourquoi la compagnie des parents de l'intimé ne pouvait continuer à lui donner la possibilité de gagner le revenu qu'il gagnait avant l'échec de son mariage. En fait, le caractère discrétionnaire du salaire de l'intimé a été évoqué à l'audience sur le divorce lorsque le père de ce dernier a témoigné qu'il aurait pu, moyennant la somme de 22 000 \$ par année, retenir les services d'une compagnie afin qu'elle gère les bâtiments de la société, perçoive les loyers, nettoie et peigne les appartements et les fasse visiter. Au lieu de cela, le père a choisi d'employer [son fils] et de lui verser 40 000 \$, faisant observer qu'il [TRADUCTION] « payait [son fils] un peu trop, mais après tout, c'était [mon] fils ». En toute déférence, la juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en s'attachant uniquement aux feuillets T4 dans ces circonstances. J'estime que l'inférence qui s'impose est qu'à l'heure actuelle l'intimé ne travaille pas à la pleine mesure de ses capacités et qu'il peut être considéré comme sous-employé.

[43] La présente instance est exceptionnelle parce que l'intimé reçoit un salaire que lui verse une compagnie appartenant à sa famille et contrôlée par celle-ci et que son revenu a baissé considérablement au moment de la séparation sans qu'une explication plausible soit proposée à cet égard. Cette baisse de revenu donne naissance, à mon avis, à une présomption réfutable selon laquelle il y a manipulation du salaire de l'intimé. Au par. 22 de l'arrêt *Pecore*, la Cour suprême du Canada a expliqué les conséquences d'une présomption réfutable : « Une présomption de droit réfutable est une hypothèse juridique que le tribunal tient pour avérée, à moins que la preuve ne soit suffisante pour l'écarter. La présomption inverse donc le fardeau de la preuve, en obligeant la partie opposée à la réfuter [...] ». La présomption qui s'applique en l'espèce, et qui peut être réfutée au moyen d'une preuve concernant les affaires de la compagnie ou la capacité de l'époux de continuer à travailler, est que la baisse de revenu constitue une tentative en vue de diminuer le montant des aliments que le parent serait normalement tenu de payer aux enfants à charge. J'estime que ce genre d'entrave à l'obligation alimentaire d'un parent est, en l'absence d'une explication convenable, inacceptable.

[44] En l'espèce, l'intimé n'a pas satisfait à la charge qui lui incombe d'expliquer d'une manière satisfaisante pourquoi, dans le cours normal des activités de l'entreprise, son salaire avait considérablement diminué après la séparation. Si j'applique également l'analyse fondée sur les [TRADUCTION] « autres cas acceptables » qui a été faite dans l'arrêt *Bak* et compte tenu des conséquences de l'omission d'une partie de divulguer des renseignements financiers qui ont été exposées dans les arrêts *O'Brien* et *Verwey*, la question à laquelle il faut maintenant répondre est celle de savoir quel est le montant de revenu que la Cour doit attribuer. Comme la Cour l'a rappelé dans l'arrêt *Drygala*, ce montant ne saurait être arbitraire mais doit plutôt être fondé sur la preuve. Je suis d'avis d'accepter le revenu de 70 000 \$ compte tenu du revenu antérieur de l'intimé qui s'établissait à 57 000 \$ plus les 12 000 \$ issus du partage du revenu. La pension alimentaire versée aux enfants doit donc être fixée en fonction du revenu annuel de 70 000 \$ qui est attribué à l'intimé et du revenu prévu de l'appelante qui s'établit à 19 000 \$ par année.

V. Les aliments au profit de l'épouse

[45] Les aliments au profit de l'épouse soulèvent une autre question. Le juge doit d'abord déterminer si le droit à des aliments existe et ensuite, dans l'affirmative, il devrait appliquer les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* publiées par le gouvernement fédéral. On trouve, aux par. 63 et 64 de l'arrêt *Yemchuk c. Yemchuk* (2005), 215 B.C.A.C. 193, [2005] B.C.J. No. 1748 (QL), 2005 BCCA 406, une illustration de la nécessité d'effectuer une analyse approfondie du droit à des aliments avant toute prise en compte des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* :

[TRADUCTION]

Il est également important de noter que les *Lignes directrices facultatives* ne traitent pas du droit à une pension, mais uniquement du montant et de la durée de la pension alimentaire une fois que ce droit a été établi. Elles ne visent pas non plus les situations dans lesquelles il existe déjà des ententes portant sur des pensions alimentaires pour époux.

Il faut par ailleurs souligner que les *Lignes directrices facultatives* se veulent un reflet du droit actuel et n'ont pas vocation à le modifier. Leurs auteurs les ont rédigées après avoir analysé de façon approfondie la jurisprudence de tout le pays en matière de fixation des pensions alimentaires pour époux, notamment les arrêts *Moge* et *Bracklow* et les décisions rendues par la suite. Tout récemment, en juillet 2005, dans l'affaire *W. c. W.*, 2005 BCSC 1010, [2005] B.C.J. No. 1481, la juge Martinson a passé en revue les nombreuses décisions rendues en Colombie-Britannique depuis les arrêts *Moge* et *Bracklow*, et elle a déclaré (au paragraphe 25) qu'à son avis, les *Lignes directrices facultatives* étaient conformes à cette jurisprudence. Certes, il est toujours possible de trouver des décisions dans lesquelles le résultat ne concorde pas avec les *Lignes directrices facultatives*, mais j'ai la conviction que l'objet et l'effet général de ces lignes directrices est de prendre le droit existant comme point de départ, et non de présenter un cadre entièrement nouveau en matière de pensions alimentaires au profit du conjoint. C'est pourquoi, à l'instar de la juge Martinson et de nombreux autres juges, je n'hésite aucunement à considérer ces *Lignes directrices facultatives* comme un outil utile susceptible d'aider les juges à fixer le montant et la durée des pensions alimentaires pour époux. Elles ont pour objet non pas de se substituer à la jurisprudence que les tribunaux sont en droit d'invoquer (dans la mesure où il existe une jurisprudence pertinente), mais de la compléter. À cet égard, elles ne constituent pas une preuve, mais font partie de l'argumentation des avocats et peuvent être prises en considération à ce titre.

Notre Cour a souscrit à ce point de vue au par. 6 de l'arrêt *Crosman c. Crosman* (2006), 299 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 334, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 186 (QL), 2006 NBCA 46. Puisque l'analyse du droit à une pension n'a pas été effectuée en l'espèce, je suis d'avis de renvoyer la question des aliments au profit de l'épouse à la juge du procès afin qu'elle l'examine.

## VI. Conclusion

[46] Je suis d'avis d'accueillir l'appel. Étant donné ma conclusion selon laquelle les sommes que les parents de l'intimé ont avancées au couple étaient une

donation, pas un prêt, l'argent détenu en fiducie appartient à l'intimé et à l'appelante. Je suis d'avis d'ordonner que l'appelante reçoive la moitié du produit net de la vente du foyer matrimonial, moins sa part de la dette matrimoniale. Elle a donc droit à un montant net de 44 390,03 \$ que l'intimé devra lui verser. Étant donné ma conclusion selon laquelle l'intimé est sous-employé, je suis d'avis de renvoyer la question des aliments au profit des enfants à la juge du procès afin qu'elle applique les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* en fonction du revenu de 70 000 \$ qui est attribué à l'intimé et du revenu annuel estimatif de l'appelante qui s'établit à 19 000 \$. La juge du procès devrait également examiner la question de savoir si les enfants ont droit à un arriéré à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S 231, [2006] A.C.S. n° 37 (QL), 2006 CSC 37. De même, je suis d'avis de renvoyer la question des aliments au profit de l'épouse à la juge du procès afin qu'elle détermine s'il existe un droit à des aliments et dans l'affirmative, qu'elle applique les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* établies par le gouvernement fédéral. Je ne rendrais pas d'ordonnance quant aux dépens puisque l'appelante n'était pas représentée par un avocat.