

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

165/07/CA

JOHN RODNEY MILTON

APPELLANT

- and -

BEVERLY JEAN MILTON

RESPONDENT

Milton v. Milton, 2008 NBCA 87

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
October 31, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 363

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 12, 2008

Judgment rendered:
December 4, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Bell

Counsel at hearing:

For the appellant:
Rodney J. Gillis, Q.C.

JOHN RODNEY MILTON

APPELANT

- et -

BEVERLY JEAN MILTON

INTIMÉE

Milton c. Milton, 2008 NBCA 87

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 31 octobre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 363

Procédures préliminaires ou accessoires :
S/O

Appel entendu :
Le 12 juin 2008

Jugement rendu :
Le 4 décembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Bell

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Rodney J. Gillis, c.r.

For the respondent:
Allison Whitehead, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs of \$5,000.

Pour l'intimée :
Allison Whitehead, c.r.

LA COUR

L'appel est rejeté avec dépens de 5000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal contests a Court of Queen's Bench judge's classification of a professional corporation as marital property as opposed to a non-marital business asset, as defined in the *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1. The trial judge granted a divorce to the parties pursuant to the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c.3 (2nd Supp.) and, in addition to ordering a division of the professional corporation as marital property, he made an ancillary order that the appellant pay monthly spousal support of \$6,500. He also ordered the appellant to designate the respondent as the sole beneficiary under a policy of insurance, which he owns, and for him to pay the premiums on it, in order to secure the spousal support order. The decision is reported at (2007), 326 N.B.R. (2d) 324, [2007] N.B.J. No.414 (QL), 2007 NBQB 363.

[2] For the reasons that follow I would also classify the professional corporation as a family asset and, therefore, marital property subject to division. I would confirm the order for spousal support and the order that secures it by an existing life insurance policy.

[3] The parties married in 1984. They have three children, one of whom is over the age of majority. The appellant is a medical doctor, and has been practicing for approximately 23 years. The respondent worked as a registered nurse prior to the marriage, but after the marriage became the primary caregiver for the children and homemaker. From 1987 until the parties separated in 2005, she did a small amount of bookkeeping for the appellant and for his professional corporation.

[4] The major issue in this case is the way in which the trial judge classified the appellant's professional corporation. The appellant asserts that the professional

corporation is a business asset, and thus non-marital property, and that, furthermore, it should not be the subject of a division of property under s. 8 of the *Act*. (The reference to this section is to the power of a judge to unequally divide assets that are not marital property; it includes a judge's discretion to compensate the non-owning party for her or his contribution to the business). The respondent asserts that the professional corporation is marital property and thus subject to an equal division. In the alternative, she seeks a division of the professional corporation pursuant to s. 8 of the *Act*.

[5] The appellant took the position that for all purposes, including support, his income was only the amount he received personally from the professional corporation. On the other hand, the respondent argues that, for spousal support purposes, the appellant's income was not only the amounts he received annually from the professional corporation by way of salary, dividends, and bonuses, but also the annual net income of, or profit earned by, the professional corporation. The difference in the quantum (between the positions of the parties) is the amount that is described as that portion of the appellant's actual income that is left in the professional corporation, that is the amount on which the appellant is able to defer or delay the payment of personal income tax until it is eventually paid out of the professional corporation.

[6] Finally, the appellant asserts that if the respondent wants to secure her spousal support by a life insurance policy on his life then she should do so by paying the premiums. In contrast, the respondent argues that s. 15(2) of the *Divorce Act* gives a trial judge authority to require a spouse to secure the payment of spousal support and that there is no reason to disturb the order that the judge made securing the support payment by a life insurance policy on the payor's life with premiums paid by him.

II. Trial judge's decision

[7] In coming to his decision that the professional corporation is a family asset capable of division as marital property, the trial judge first reviewed case law with respect to professional corporations, and then determined that, by its nature, this

professional corporation is “absolutely subordinate to the professional who uses it” to plan taxes. Therefore, he concluded the professional corporation is a family asset, similar to the professional’s income or to a joint bank account, and is “caught by” the *Marital Property Act* (paragraph (c) of the definition of “family assets”). The trial judge decided that, in the alternative, the professional corporation was “caught by” para. (b) of the definition of “marital property”. He concluded his analysis at paras. 57-59:

This evidences that the P.C. and its assets were ordinarily used and drawn upon by the family collectively to meet their needs and woven into their personal planning. As Mr. Thornton testified, at the end of the year the amount of salary, bonus and dividends accounted for as being paid to Dr. and Mrs. Milton reflected the funds withdrawn from the P.C. throughout the year and the mix thereof reflected an effort to achieve the least tax on a combined basis. As well, the effort to show that Mrs. Milton's contribution to the P.C. was minimal for the purposes of section 8 confirms that her \$48,000 per year income from the P.C. was established to minimize the aggregate family tax and not based on the value of the services provided. This further evidences the degree to which the P.C. is intertwined with the affairs of the family.

Second, pursuant to paragraph (c) of the definition of family assets, the shares of the P.C. are a family asset, as was found in *MacElwain*, because the investments held by the P.C. would, based on the reasons described above, if owned by Dr. Milton directly, be a family asset.

Third, even if the P.C. was not a family asset, it is caught by paragraph (b) of the definition of marital property, having been acquired during marriage and it is not excepted from the application of this paragraph because it does not meet the definition of a business asset. Despite the assertions on behalf of Dr. Milton that the P.C. is like any other business corporation, the mere existence of a body corporate does not change the nature of the underlying assets of the P.C. into business assets within the meaning of the Act. There was no authority provided for such a proposition. In fact, paragraph (c) of the definition of family assets seeks to avoid exactly the ill that may arise where a corporation is placed between a family and assets that would be family assets but for the corporation by

treating the shares of that corporation to be family assets - to the extent of the value of the benefit to the spouse. It is clear that the investments held by and the activities of the P.C. are not, as discussed above, entrepreneurial in nature and on the basis, it fails to meet the definition of a business asset.

[8] The trial judge thus concluded that the professional corporation in this case is marital property. He ordered that the assets of the professional corporation be divided equally based on its \$660,000 value at the date of separation, plus interest.

[9] The trial judge ordered the appellant to pay spousal support to the respondent of \$6,500 a month for an indefinite period. The trial judge also ordered that the appellant maintain his life insurance policy and designate the respondent as beneficiary, as security for the payment of spousal support pursuant to s. 15.2(1) of the *Divorce Act*.

III. Grounds of Appeal

[10] The appellant relies on four grounds of appeal:

- The trial judge erred in awarding the respondent a portion of the John Milton Professional Corporation;
- The trial judge erred in determining the amount and duration (including retroactivity) of spousal support;
- The trial judge misapprehended the facts; and
- The trial judge erred in ordering that the appellant designate the respondent as the sole beneficiary under his life insurance policy and that the appellant is to pay the premiums thereon.

[11] The respondent filed a Notice of Contention. She contends that if the trial judge erred in his findings, she is entitled to relief in the alternative:

- If the John Milton Professional Corporation is not marital property subject to equal division pursuant to section 7 of the *Marital Property Act*, the respondent is entitled to an equal division of the John Milton Professional Corporation pursuant to section 8 of the *Marital Property Act*; and
- If the assets of the John Milton Professional Corporation are not divided in accordance with the decision of the trial judge, the issue of the quantum of spousal support should be revisited.

IV. Applicable Legislation

[12] The *Marital Property Act* sets out three definitions that must be examined:

“marital property” means	« biens matrimoniaux » désigne
(a) family assets;	a) l’actif familial;
(b) property owned by one spouse or by both spouses that is not a family asset and that was acquired while the spouses cohabited, or in contemplation of marriage, except	b) les biens, autre qu’un élément d’actif familial, appartenant à l’un des conjoints ou aux deux et acquis pendant leur cohabitation ou en vue de leur mariage éventuel, sauf
(i) a business asset,	(i) un élément d’actif commercial,
[...]	[...]

“business asset” means property owned by one spouse and used principally in the course of a business carried on by that spouse, either alone or jointly with others, and includes shares that the spouse owns in a corporation through which he or she carries on a business;	« actif commercial » désigne les biens appartenant à un conjoint et servant principalement à une entreprise qu’il exploite seul ou avec d’autres et comprend les actions qu’il possède dans une corporation par l’entremise de laquelle il exploite une entreprise;
---	---

[...]

[...]

“family assets” means property, whether acquired before or after marriage, owned by one spouse or both spouses and ordinarily used or enjoyed for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes by both spouses or one or more of their children while the spouses were cohabiting, and includes [...]

« actif familial » désigne les biens appartenant à l’un des conjoints ou aux deux, qu’ils aient été acquis avant ou après le mariage, et que les conjoints ou un ou plusieurs de leurs enfants utilisaient ou dont ils jouissaient habituellement pendant la cohabitation des conjoints comme logement ou moyen de transport ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques et comprend [...]

[13]

Section 8 deals with a division of non-marital property:

8 In determining any application for a division of marital property the Court may make a division of any property of either spouse that is not marital property where

8 La Cour peut, lorsqu’elle statue sur une demande de répartition des biens matrimoniaux, répartir tous biens de l’un ou l’autre conjoint, même s’il ne s’agit pas de biens matrimoniaux, si

(a) a spouse has, through transfer, indebtedness, mismanagement or other means, unreasonably impoverished the marital property; or

a) l’un des conjoints a, par transfert, endettement, mauvaise gestion ou autrement, appauvri déraisonnablement les biens matrimoniaux; ou

(b) the result of the division of marital property would be inequitable in the circumstances having regard to

b) le résultat de la répartition des biens matrimoniaux serait inéquitable dans les circonstances, compte tenu

(i) the considerations set out in paragraphs 7(a) to (f), and

(i) des considérations indiquées dans les alinéas 7a) à f), et

(ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in section 2 on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not marital property.

(ii) de l’effet de la prise en charge par un des conjoints de l’une ou l’autre des responsabilités indiquées à l’article 2 sur la capacité de l’autre d’acquérir, d’administrer, d’entretenir, d’exploiter ou d’améliorer des biens autres que des biens matrimoniaux.

V. Standard of Review

[14] The question of whether a professional corporation qualifies as a family asset under the *Marital Property Act* is a question of law for which the standard of review is correctness. With respect to the standard of review applicable to an appeal from a division of assets made pursuant to the *Marital Property Act* (legislation conferring discretion on a judge to divide property), we can intervene and review the facts only if the trial judge has misdirected herself or himself or if the decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, [1989] S.C.J. No. 48 (QL), at 1375). In addition we will only interfere with a support order where there has been an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or the award is clearly wrong (see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), at para. 11 and *Pollock v. Rioux* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98, para. 27).

VI. Analysis

[15] The starting point is to determine how to characterize the professional corporation. First of all what is it? A professional corporation, incorporated under the *Business Corporation Act*, S.N.B. 1981, c. B-9.1, is a separate entity with the capacity to sue and be sued. *An Act Respecting the New Brunswick Medical Society and the College of Physicians and Surgeons of New Brunswick*, S.N.B. 1981, c. 87 restricts its use. Schedule A to the *Act* sets out the objectives for which a professional corporation can be established. These include:

- (a) to engage in every phase and aspect of rendering the same medical services to the public that a member of the College of Physicians and Surgeons of New Brunswick is authorized to render;
- (b) to purchase, or otherwise acquire and to own, mortgage, pledge, sell, assign, transfer or otherwise dispose of, and to invest in, deal in or with, real or

personal property necessary for the rendering of medical or osteopathic services;

- (c) to contract debts and borrow money, issue and sell or pledge bonds, debentures, notes and other evidences of indebtedness and execute such mortgages, transfers of corporate property and other instruments to secure the payment of corporate indebtedness as required;
- (d) to enter into partnership, consolidate or merge with or purchase the assets of another corporation or individual rendering the same professional services.

[16] By definition, under the *Marital Property Act*, a business asset is not marital property and therefore *prima facie* is not subject to division at the end of the marital relationship (subject of course to the discretion of the judge to unequally divide assets pursuant to s. 8).

[17] To determine if an asset can properly be defined as a business asset Gordon R. Kelly in “A Review of Selected Provisions of the Matrimonial Property Act” (Paper presented to the National Judicial Institute, May 2006) proposes a useful twofold analysis. The first question to ask is whether the asset was used principally in the course of the business carried on by that spouse. If the answer at this stage of the analysis is “no” then the asset is not a business asset but marital property. If the answer at this stage is “yes”, then the item in question is a business asset that requires further examination. If the business asset includes money held in an account that is “ordinarily used or enjoyed for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes by both spouses or one or more of their children while the spouses were cohabiting” a further analysis is required.

[18] To resolve the issue of whether the asset was used principally in the course of the business carried on by that spouse, trial judges often refer to the definition from the leading decision of the Supreme Court of Canada in *Clarke v. Clarke*, [1990] 2 S.C.R. 795, [1990] S.C.J. No. 97 (QL). In discussing whether pensions are business

assets Wilson J. stated at p. 814, “It seems to me that business assets are assets which have as their purpose the generation of income in an entrepreneurial sense.”

[19] In *Sarchfield v. Sarchfield* (1990), 109 N.B.R. (2d) 335 (C.A.), [1990] N.B.J. No. 852 (QL), Ryan J.A. cautions that one must take care not to confuse “business asset” as defined in the *Marital Property Act* with the “assets of the business” which are of course the property of the corporation.

[20] In *Fox v. Fox* (1994), 153 N.B.R. (2d) 1 (C.A.), [1994] N.B.J. No. 415 (QL), the appellant argued that debts of \$112,289 representing accrued bonuses owed to him from companies should be treated as business assets and not marital property. Hoyt C.J.N.B. explained why the bonuses paid are marital property at para. 14:

The debts represent bonuses that the companies declared from time to time in order to maintain their status as small businesses, thereby being subject to a lower rate of tax. Each year, if necessary, the companies declared bonuses to the three brothers for this purpose. The bonuses were not paid out, but remained as debts from the companies to the brothers. If any one brother wished to draw from his bonus or debt account, as occurred from time to time, each brother received a similar amount. Mr. Fox declared his yearly bonuses as income and paid income tax on them, even if the bonuses were not paid to him in cash or by cheque when declared. That, however, in my view, does not make them a business asset. The bonuses, less any drawings against them, were owed to each brother. For business reasons, namely, to avoid the companies borrowing from commercial lenders, the bonuses remained with the companies. That, in my opinion, does not change the character of the bonuses, and thus the loans, from marital to non-marital property.

[21] Other courts of appeal have written on the subject. Hart J.A. in *Hebb v. Hebb* (N.S.C.A) (1991), 103 N.S.R. (2d) 147, [1991] N.S.J. No. 100 (QL), states at p. 153:

It is quite obvious that this holding company which operated the Bridgewater Professional Building on a rental

basis would normally fall into the classification of a business in the ordinary sense of the meaning of that word. Whether it should be classified as a business or matrimonial asset, however, under the *Matrimonial Property Act* is, in my opinion, controlled by the intention of the parties. There are many ways in which married persons can provide for their old age and retirement. Depending upon the financial circumstances of the parties, future security may be accomplished by pensions, insurance, annuities, RRSP's, coin collections, or the accumulation of assets which will produce future income when it is necessary for the maintenance of the parties after their income-producing years. If it is intended by the parties to use these techniques to provide a future nest egg or security in retirement then it cannot, in my opinion, be said that the asset chosen was primarily used or held for or in connection with a commercial, business, investment or other income-producing or profit-producing purpose. A business asset, in my opinion, is one which is used for relatively immediate gain and not one that is merely held for the purpose of future security. Many investments are primarily used to obtain income from surplus capital and fall into the category of business assets under the *Act* but the parties may be holding them for other purposes which may take them out of the business classification and allow them to fall back into the category of matrimonial assets.

This court has already held that it is the intention of the parties that governs the classification of an asset which could be either business or matrimonial. See *Herritt v. Herritt* (1990), 95 N.S.R. (2d) 357; 251 A.P.R. 357; 25 R.F.L. (3d) 273 (C.A.), where it was found by the trial judge and approved on appeal that an asset in the name of a husband was really being kept for the future and retirement of the family and, therefore, not a business asset.

[22] In *Hickey v. Hickey* (1999), 179 Nfld. & P.E.I.R. 242, [1999] N.J. No. 259 (QL), the appellant argued that a term deposit held by him was a business asset and not subject to division. Cameron J.A. explained at para. 25:

In determining the purpose for which the assets are held one may have regard to both the actions and the statements of the parties vis-à-vis the asset. Neither method of holding the funds, nor the statement of one party or the other as to

his or her specific intention respecting the funds, is determinative of the issue. The question is whether the asset is held for the purpose of generating income in an entrepreneurial sense. The general attitude of a party regarding the sharing of his or her income is irrelevant to this exercise. Income from employment placed for security and to earn interest in a savings account is a matrimonial asset whether the individual sees it as his or her asset or as a family asset and whether he or she intends to use it for the general benefit of the family or not. Here, the appellant's purpose was to hold the asset for future needs - albeit in a way which would earn interest. However, that entrepreneurial sense of the use of the asset is absent. While the trial judge's reasoning is not entirely consistent with the current views on the interpretation of the Act, his conclusion that the term deposit was a matrimonial asset was correct.

[23] In classifying a business asset, Hart J.A. in *Hebb* advised to look at the intention of the parties. In addition, according to Cameron J.A. in *Hickey*, to determine the purpose for which the assets are held, one may have regard to both the actions and the statements of the parties vis-à-vis the asset.

[24] There are numerous trial decisions dealing with this subject. *MacElwain v. MacElwain* (2006), 294 N.B.R. (2d) 111, [2006] N.B.J. No. 13 (QL), 2006 NBQB 19, a case upon which the trial judge relied, dealt specifically with the professional corporation of a physician. The trial judge found the reason for the incorporation was for tax purposes. The bank account used by the professional corporation was the same bank account used by the physician for the payment of the cost of shelter, transportation, household, educational, recreational, social or aesthetic purposes by both spouses and for the children during cohabitation. The money left over was never intended to be put back in the medical practice, but was simply the surplus to be invested and used by the family in the future. The trial judge concluded at para. 110:

The investments held by Dr. MacElwain in the professional corporation are nothing more than assets derived from earnings that exceeded the family's needs and are not business assets as defined by section 1 of the *Marital*

Property Act. Therefore, they are not excepted under the exclusions found in the definition of the term "marital property".

[25] The professional corporation in this case was incorporated in 1992 and the appellant was its sole shareholder, director, and officer. It was incorporated to defer the payment of income taxes and for estate planning and retirement purposes. The trial judge's findings on point are found at para. 51:

Another significant distinguishing characteristic relates to the purpose and the use of the professional corporation. The dominant, if not sole, purpose of the P.C., as testified by Dr. Milton and Mr. Thornton and acknowledged by Dr. Milton's counsel, is to retain the professional's income and defer tax otherwise payable by the professional. There was considerable evidence regarding the use of the P.C. and professional corporations generally. Dr. Milton testified that the P.C. was incorporated on the advice of his accountant for the purpose of "retaining earnings in the corporation and deferring tax". It was submitted by counsel for Dr. Milton that this is the purpose of any business corporation. However, it is not typically so singularly or dominant a purpose. Another way of describing the utility or purpose is to say that the professional corporation does not have any significant purpose or advantage for the professional if he or she intends to receive personally or make personal use of, all of his or her net annual income from practice. The corporation is a tool that the professional uses to allow him to delay the full tax consequences on that portion of his income that is not required for current consumption and is left in the corporation and invested until it is subsequently withdrawn for use. The point is not that there is something wrong with this, but rather that it illustrates that the professional corporation, by its very nature, is absolutely subordinate to the professional who uses it as a personal tax planning instrument or device to delay the flow of his or her income and therefore delay the tax he would otherwise pay. It has little, if any, independent or enterprise value. The professional regulates the flow of funds passing through the corporation in virtually the same way he manages their other liquid assets. In this respect, the professional corporation may be viewed as one of the pots in which the

professional "holds" his investments, along with such other assets as registered retirement savings plans and non-registered investments. As noted in many of the reported decisions, such passive funds are not in play or at risk in the same manner as surplus funds in an enterprise that is entrepreneurial in nature.

[26] In her claim under the *Marital Property Act*, the respondent asked for an equal division of all marital and non-marital property including her spouse's professional corporation. Specifically, she was seeking a division of the retained earnings of the professional corporation. The trial judge referred to these monies as "cash" and "investments" or "funds" but it is generally agreed that they are the retained earnings of the professional corporation, which are its assets less the liabilities.

[27] Adopting the two-step approach set out above, I would first conclude that the professional corporation in this case is not used principally in the course of a business since there is no entrepreneurial aspect to it; it is used to defer the payment of income tax and is, therefore, like a first cousin of the RRSP. Having regard to the intention, statements, and actions of the parties it has been established, and the trial judge so found, that the retained earnings were used or enjoyed for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes by both spouses or one or more of their children while the spouses were cohabiting. Therefore, the professional corporation is a family asset and, consequently, marital property subject to an equal division. In light of this determination, there is no need to proceed to the second step of the analysis.

[28] I conclude that the trial judge made no error in finding that the professional corporation was marital property subject to an equal division and I would dismiss this ground of appeal.

VII. Spousal support

[29] With respect to spousal support, the appellant did not provide evidence of his personal income for the years following separation, but the respondent adduced evidence to establish that the appellant had an approximate annual income of \$500,000 before tax. The trial judge accepted this as fact at para. 87:

For the same reasons that I found that the P.C. is a family asset, including the reasons set out in *Wildman*, I must conclude that the law requires that to accurately determine Dr. Milton's income, I must have regard to the net income from his practice. I accept that for the purpose of spousal support Dr. Milton's income is approximately \$500,000 before tax. This includes a reduction in investment income to reflect the fact that in the future it will be likely lower than it was in 2006.

[30] In *Wildman v. Wildman* (2006), 82 O.R. (3d) 401 (C.A.), [2006] O.J. No. 3966 (QL), the Ontario Court of Appeal found the appellant's business enterprises were his alter ego; they were not distinct from him and no third party had any interest in the companies. There was no question that the appellant had controlled his business enterprises and structured his corporate assets in a way that diverted money from them to his personal use: the appellant and his companies were one and the same. The Court concluded that while a business person was entitled to create corporate structures and relationships for valid business, tax, and other reasons, the law had to be vigilant to ensure that permissible corporate arrangements did not work an injustice in the realm of family law. MacPherson J.A. sums up at para. 49:

In the end, although a business person is entitled to create corporate structures and relationships for valid business, tax and other reasons, the law must be vigilant to ensure that permissible corporate arrangements do not work an injustice in the realm of family law. In appropriate cases, piercing the corporate veil of one spouse's business enterprises may be an essential mechanism for ensuring that the other spouse and children of the marriage receive the financial support to which, by law, they are entitled.

The trial judge was correct to recognize that this was such a case.

[31] In the case before us, the trial judge held the marriage was traditional and long-term because it lasted 21 years. The respondent's standard of living decreased after the separation while the appellant's did not. The trial judge used the *Spousal Support Advisory Guidelines* as a comparative tool to arrive at the correct amount of spousal support to be paid. In this case, the range for monthly support found in the guidelines was between \$7,952 and \$10,603. He estimated the respondent's future income at approximately \$40,000 per year (increased from her post-separation annual income of \$11,000 - \$15,000 to reflect anticipated investment income) and, as noted, arrived at a yearly income of \$500,000 for the appellant. He ordered the appellant to pay spousal support of \$6,500 per month indefinitely. In so doing he made no reversible error and I would dismiss this ground of appeal.

VIII. Life Insurance

[32] Section 15.2(1) of the *Divorce Act* gives authority to secure the payment of spousal support. It reads as follows:

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.

15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

[33] In applying this section the trial judge merely said:

I believe that this is a situation where it is appropriate to order security and Dr. Milton is ordered to forthwith designate Mrs. Milton as the sole beneficiary under the O.M.A. policy owned by Dr. Milton in the sum of

\$750,000 and shall pay the premiums thereon in the ordinary course until further order the Court. Evidence of the change of beneficiary shall be provided to Mrs. Milton by November 15, 2007.

[34] While I do not agree with the appellant that securing the payment of periodic payments with a life insurance policy is outside the objectives of a spousal support order (s. 15.2(6) of the *Act*), it appears from the jurisprudence that the jurisdiction of the court to direct payments which may be binding on the estate of the paying spouse is not free from doubt (see *Ripley v. Ripley* (1991), 52 B.C.L.R. (2d) 362 (C.A.), [1991] B.C.J. No. 4 (QL) and *Waters v. Conrod* (2007), 240 B.C.A.C. 208, [2007] B.C.J. No. 813 (QL), 2007 BCCA 230). However, many trial courts have held that they have the power under s. 15 of the *Act* to make an order for maintenance enforceable after the death of the paying spouse (see *Hines v. Hines* (2004), 276 N.B.R. (2d) 9, [2004] N.B.J. No. 373 (QL) 2004 NBQB 349, *Saunders v. Saunders* (2007), 312 N.B.R. (2d) 363, [2007] N.B.J. No. 120 (QL), 2007 NBQB 133, *Roy v. Roy* (2007), 322 N.B.R. (2d) 283, [2007] N.B.J. No. 247 (QL), 2007 NBQB 234 and *B.W. v. B.W.* (2007), 324 N.B.R. (2d) 107, [2007] N.B.J. No. 420 (QL), 2007 NBQB 330).

[35] The trial judge ordered the appellant to pay the premiums on a \$750,000 policy to secure the spousal support order with little explanation. No evidence was led as to the life expectancy of either party, or why an amount of \$750,000 was used, except that such a policy was already in existence with the appellant's estate as beneficiary. We are not absolutely certain what the premiums are. The appellant's financial statement indicates a monthly amount of \$1,100 for life insurance, but it is not clear from the evidence or the trial decision if this relates to just one policy. The appellant's evidence is sketchy on this point; he testified he had two policies and the two together had premiums of \$1,100, but he did not specify the amounts. However, it is logical to assume that the trial judge set the amount of spousal support at the low end of the range recommended by the *Spousal Support Advisory Guidelines* because he took into account the amount of \$1,100 that the appellant would have to pay to secure the spousal support for the benefit of the respondent. Under these circumstances I would uphold this order. If we had set

aside this order to secure support, in my opinion, it would have been necessary to revisit the amount of spousal support ordered to see if it should be increased.

[36] Trial judges should pay close attention to the evidentiary foundation in support of this type of order securing payment of spousal support. They should consider the following: is the amount of the policy sufficient to secure the support order or is it excessive? In relation to the amount of the spousal support payment, is the amount of the premium reasonable or excessive? If the support order is time limited, then the period of security should be limited “for as long as support continues to be paid” or “while the appellant has an obligation to contribute to his or her [spouse’s] support”. Another consideration is whether the policy should be apportioned for the benefit of the former spouse and the children of the marriage.

[37] In conclusion, I would confirm the order of the trial judge in all respects. I would dismiss the appeal and order costs be paid to the respondent by the appellant in the amount of \$5,000.

LA JUGE LARLEE

I. Introduction

[1] Dans le présent appel, la classification par un juge de la Cour du Banc de la Reine d'une société professionnelle comme bien matrimonial et non comme actif commercial non matrimonial, au sens de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.B. 1980, ch. M-1.1, est contestée. Le juge du procès a accordé le divorce aux parties en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.) et, en plus d'ordonner la répartition de l'actif de la société professionnelle en tant que bien matrimonial, il a rendu une ordonnance corollaire enjoignant à l'appelant de verser des aliments de 6 500 \$ par mois au profit de son ex-épouse. Il a également ordonné à l'appelant de désigner l'intimée comme l'unique bénéficiaire d'une police d'assurance-vie qu'il détient et de payer les primes, afin de garantir l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse. La décision est publiée à (2007), 326 R.N.-B. (2^e) 324, [2007] A.N.-B. n^o 414 (QL), 2007 NBBR 363.

[2] Pour les motifs qui suivent, je classifierais également la société professionnelle dans la catégorie d'actif familial et, par conséquent, de bien matrimonial qui doit faire l'objet d'une répartition. Je confirmerais l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse ainsi que l'ordonnance qui en garantit le paiement au moyen d'une police d'assurance-vie déjà en vigueur.

[3] Les parties se sont mariées en 1984. Elles ont trois enfants, dont l'un a atteint l'âge de la majorité. L'appelant est médecin et exerce cette profession depuis environ 23 ans. Avant le mariage, l'intimée travaillait comme infirmière immatriculée, mais depuis, c'est elle qui s'est occupée principalement des enfants et du ménage. De 1987 jusqu'à la séparation des parties en 2005, elle a fait un peu de tenue des comptes pour l'appelant et sa société professionnelle.

[4] La principale question en litige en l'espèce porte sur la catégorie dans laquelle le juge du procès a classifié la société professionnelle de l'appelant. L'appelant soutient que l'actif de la société professionnelle est un actif commercial et ainsi qu'il constitue un bien non matrimonial. Il soutient en outre que l'actif de la société professionnelle ne devrait pas faire l'objet d'une répartition des biens au titre de l'article 8 de la *Loi*. (Le renvoi à cet article constitue un renvoi au pouvoir du juge de répartir en parts inégales des biens qui ne sont pas des biens matrimoniaux, notamment au pouvoir discrétionnaire lui permettant d'indemniser la partie qui n'est pas propriétaire d'un bien pour sa contribution à l'entreprise.) L'intimée prétend que la société professionnelle constitue un bien matrimonial et, par conséquent, qu'elle doit faire l'objet d'une répartition égale. Subsidiairement, elle sollicite la répartition de la société professionnelle au titre de l'article 8 de la *Loi*.

[5] L'intimé a fait valoir que, à toutes fins utiles, y compris aux fins de l'établissement de la pension alimentaire, son revenu est le seul montant qu'il reçoit personnellement de la société professionnelle. Pour sa part, l'intimée a allégué qu'aux fins de l'établissement de la pension alimentaire au profit de l'épouse, le revenu de l'appelant correspondait non seulement aux honoraires, aux dividendes et aux primes qu'il recevait chaque année de la société professionnelle, mais également au bénéfice annuel net ou au « profit » de la société professionnelle. La différence entre les montants (entre les positions des parties) est la somme décrite comme étant la partie du revenu réel de l'appelant qui est conservée dans le compte de la société professionnelle, soit le montant sur lequel l'appelant est en mesure de reporter l'impôt sur le revenu jusqu'à ce qu'il soit finalement prélevé sur le compte de la société professionnelle.

[6] Enfin, l'appelant soutient que, si l'intimée veut garantir la pension alimentaire qui doit lui être payée au moyen d'une police d'assurance-vie sur sa vie à lui, alors c'est elle qui devrait en payer les primes. En revanche, l'intimée dit que le par. 15(2) de la *Loi sur le divorce* confère au juge du procès le pouvoir d'enjoindre à un époux de garantir le paiement de l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse et ainsi qu'il n'existe aucun motif de modifier l'ordonnance rendue par le juge pour garantir le

paiement des aliments par une police d'assurance-vie sur la vie du débiteur, les primes afférentes étant payées par ce dernier.

II. La décision du juge du procès

[7] Pour en arriver à sa décision selon laquelle la société professionnelle constitue un actif familial pouvant faire l'objet d'une répartition en tant que bien matrimonial, le juge du procès a commencé par passer en revue la jurisprudence portant sur les sociétés professionnelles, puis il a conclu que, de par sa nature, la société professionnelle « dépend entièrement du professionnel qui l'utilise » comme outil de planification fiscale. Ainsi, il a conclu que la société professionnelle est un actif familial, dans la même mesure que le revenu du professionnel ou qu'un compte conjoint, et est « visée par » la *Loi sur les biens matrimoniaux* (alinéa *c*) de la définition d'actif familial). Le juge du procès a conclu que, subsidiairement, la société professionnelle était « visée par » l'alinéa *b*) de la définition de biens matrimoniaux. Il a terminé son analyse aux par. 57 à 59 :

Cela démontre qu'habituellement, les membres de la famille utilisaient collectivement la société professionnelle et son actif et qu'ils retiraient une part de l'actif de la société professionnelle pour satisfaire à leurs besoins et que la société professionnelle faisait partie intégrante de leur planification personnelle. Comme M. Thornton l'a témoigné, à la fin de l'année, le montant des salaires, des primes et des dividendes qui était attribué au D^r Milton et à M^{me} Milton correspondait aux fonds que ceux-ci retiraient du compte de la société professionnelle tout au long de l'année et l'amalgame de ces fonds traduisait un effort pour réduire au minimum l'impôt sur leurs revenus combinés. De plus, l'effort pour démontrer que la contribution de M^{me} Milton à la société professionnelle était minimale aux fins de l'article 8 confirme que son revenu annuel de 48 000 \$ que la société professionnelle lui versait était établi dans le but de réduire au minimum l'impôt global de la famille et n'était pas établi en fonction de la valeur des services qu'elle avait effectués. Cela indique également le degré auquel la société professionnelle est inextricablement liée aux affaires de la famille.

Deuxièmement, aux termes de l'alinéa c) de la définition d'actif familial, les actions de la société professionnelle sont un actif familial, comme l'a conclu la Cour dans l'affaire *MacElwain*, parce que s'ils étaient directement détenus par le D^r Milton, les placements que détient la société professionnelle seraient, d'après les motifs énoncés précédemment, un actif familial.

Troisièmement, même si la société professionnelle n'est pas un actif familial, elle est visée par l'alinéa b) de la définition de biens matrimoniaux puisqu'elle a été acquise durant le mariage et n'est pas soustraite à l'application de cet alinéa parce qu'elle ne correspond pas à la définition d'actif commercial. En dépit des assertions au nom du D^r Milton selon lesquelles la société professionnelle est comme toute autre société par actions, l'existence même d'un corps constitué n'a pas pour effet de transformer l'actif sous-jacent de la société professionnelle en un actif commercial au sens de la *Loi*. Aucune jurisprudence n'a été citée à l'appui d'une telle prétention. En effet, l'alinéa c) de la définition d'actif familial cherche à éviter l'injustice qui peut se produire lorsqu'une société est érigée entre une famille et les actifs qui seraient des actifs familiaux, si ce n'était la société, en traitant les actions de cette société comme des éléments d'actif familial - à concurrence de la valeur du profit allant au conjoint. Comme nous l'avons vu, il est clair que les placements que détient la société professionnelle et ses activités ne sont pas de nature entrepreneuriale et, pour ce motif, ils ne relèvent pas de la définition d'actif commercial.

[8] Le juge du procès a donc conclu que la société professionnelle en l'espèce constitue un bien matrimonial. Il a ordonné la répartition en parts égales des éléments d'actif de la société professionnelle, en fonction de la valeur de la société professionnelle à la date de la séparation, soit 660 000 \$, intérêts en sus.

[9] Le juge du procès a ordonné à l'appelant de verser à l'intimée des aliments de 6 500 \$ par mois pour une durée indéterminée. Il lui a également ordonné de maintenir en vigueur sa police d'assurance-vie et d'en désigner l'intimée bénéficiaire, à titre de garantie de paiement des aliments à son profit, en vertu du par. 15.2(1) de la *Loi sur le divorce*.

III. Les moyens d'appel

[10] L'appelant invoque quatre moyens d'appel :

- Le juge du procès a commis une erreur en accordant à l'intimée une part de la John Milton Professional Corporation.
- Le juge du procès a commis une erreur dans l'établissement du montant et de la durée (notamment rétroactive) des aliments au profit de l'épouse.
- Le juge du procès a fait une appréciation erronée des faits.
- Le juge du procès a commis une erreur en ordonnant à l'appelant de désigner l'intimée unique bénéficiaire de sa police d'assurance-vie et de payer les primes.

[11] L'intimée a déposé un avis de désaccord. Elle soutient que, si le juge du procès a commis une erreur dans ses conclusions, elle a droit à des mesures de redressement différentes :

- Si la John Milton Professional Corporation n'est pas un bien matrimonial pouvant faire l'objet d'une répartition en parts égales conformément à l'article 7 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, l'intimée a droit à une répartition en parts égales de la John Milton Professional Corporation conformément à l'article 8 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*.
- Si les éléments d'actif de la John Milton Professional Corporation ne sont pas répartis en conformité avec la décision du juge du procès, la question du montant des aliments au profit de l'épouse devrait être réexaminée.

IV. Législation applicable

[12] La *Loi sur les biens matrimoniaux* donne trois définitions qu'il convient de regarder :

“marital property” means

« biens matrimoniaux » désigne

(a) family assets;

a) l'actif familial;

(b) property owned by one spouse or by both spouses that is not a family asset and that was acquired while the spouses cohabited, or in contemplation of marriage, except

b) les biens, autre qu'un élément d'actif familial, appartenant à l'un des conjoints ou aux deux et acquis pendant leur cohabitation ou en vue de leur mariage éventuel, sauf

(i) a business asset, [...];

(i) un élément d'actif commercial, [...] ;

[...]

[...]

“business asset” means property owned by one spouse and used principally in the course of a business carried on by that spouse, either alone or jointly with others, and includes shares that the spouse owns in a corporation through which he or she carries on a business;

« actif commercial » désigne les biens appartenant à un conjoint et servant principalement à une entreprise qu'il exploite seul ou avec d'autres et comprend les actions qu'il possède dans une corporation par l'entremise de laquelle il exploite une entreprise;

[...]

[...]

“family assets” means property, whether acquired before or after marriage, owned by one spouse or both spouses and ordinarily used or enjoyed for shelter or transportation or for household, educational, recreational, social or aesthetic purposes by both spouses or one or more of their children while the spouses were cohabiting, and includes [...].

« actif familial » désigne les biens appartenant à l'un des conjoints ou aux deux, qu'ils aient été acquis avant ou après le mariage, et que les conjoints ou un ou plusieurs de leurs enfants utilisaient ou dont ils jouissaient habituellement pendant la cohabitation des conjoints comme logement ou moyen de transport ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques et comprend [...]

[13] L'article 8 porte sur la répartition des biens non matrimoniaux :

- | | |
|--|--|
| 8 In determining any application for a division of marital property the Court may make a division of any property of either spouse that is not marital property where | 8 La Cour peut, lorsqu'elle statue sur une demande de répartition des biens matrimoniaux, répartir tous biens de l'un ou l'autre conjoint, même s'il ne s'agit pas de biens matrimoniaux, si |
| (a) a spouse has, through transfer, indebtedness, mismanagement or other means, unreasonably impoverished the marital property; or | a) l'un des conjoints a, par transfert, endettement, mauvaise gestion ou autrement, appauvri déraisonnablement les biens matrimoniaux; ou |
| (b) the result of the division of marital property would be inequitable in the circumstances having regard to | b) le résultat de la répartition des biens matrimoniaux serait inéquitable dans les circonstances, compte tenu |
| (i) the considerations set out in paragraphs 7(a) to (f), and | (i) des considérations indiquées dans les alinéas 7a) à f), et |
| (ii) the effect of the assumption by one spouse of any of the responsibilities set out in section 2 on the ability of the other spouse to acquire, manage, maintain, operate or improve property that is not marital property. | (ii) de l'effet de la prise en charge par un des conjoints de l'une ou l'autre des responsabilités indiquées à l'article 2 sur la capacité de l'autre d'acquérir, d'administrer, d'entretenir, d'exploiter ou d'améliorer des biens autres que des biens matrimoniaux. |

V. La norme de contrôle

[14] La question de savoir si une société professionnelle peut être qualifiée d'actif familial au sens de la *Loi sur les biens matrimoniaux* est une question de droit assujettie à la norme de la décision dite correcte. S'agissant de la norme de contrôle applicable dans l'appel d'une répartition de biens effectuée en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux* (loi qui confère au juge le pouvoir discrétionnaire de répartir les biens), nous ne pouvons intervenir et réexaminer les faits que si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, [1989] A.C.S. n° 48 (QL), à la p. 1375). De plus, nous ne modifierons une ordonnance alimentaire qu'en cas d'erreur de principe ou d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée (voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999]

A.C.S n° 9 (QL), au par. 11 et *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 351, [2004] A.N.-B. n° 467 (QL), 2004 NBCA 98, par. 27).

VI. Analyse

[15] Il faut au départ déterminer la classification de la société professionnelle. Premièrement, de quoi s'agit-il? Une société professionnelle, constituée en corporation sous le régime de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1, est une entité distincte ayant qualité pour ester en justice. La *Loi relative à la Société médicale du Nouveau-Brunswick et au Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, ch. 87, en son annexe A, restreint les objectifs pour lesquels une société professionnelle peut être établie :

- a) s'engager dans chaque phase et dans chaque aspect de la fourniture au public des services médicaux qu'un membre du Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick est autorisé à fournir;
- b) acheter ou acquérir de toute autre façon et posséder, hypothéquer, engager, vendre, céder, transférer ou aliéner de toute autre façon, tout bien réel ou personnel nécessaire à la fourniture de services médicaux ou ostéopathiques, faire des investissements relativement à ceux-ci ou les utiliser;
- c) contracter des dettes et emprunter de l'argent, délivrer et vendre ou mettre en gage les obligations, débetures, billets à ordre et autres titres de créances, signer des hypothèques, transferts de biens corporatifs et autres instruments afin de garantir si nécessaire, le paiement de ses créances;
- d) s'associer ou fusionner avec une autre corporation ou un autre particulier fournissant les mêmes services professionnels ou acheter leur actif.

[16] Selon la définition qu'en donne la *Loi sur les biens matrimoniaux*, l'actif commercial ne constitue pas un bien matrimonial et, par conséquent, il ne peut faire

l'objet, à première vue, d'une répartition à la rupture de la relation matrimoniale (sous réserve, bien entendu, du pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge de répartir les biens en parts inégales, pouvoir qui lui est conféré à l'art. 8).

[17] M^c Gordon R. Kelly, dans sa communication intitulée « A Review of Selected Provisions of the Matrimonial Property Act » (présentée à l'Institut national de la magistrature en mai 2006), propose une analyse utile en deux étapes pour déterminer si un bien peut à juste titre être qualifié d'élément d'actif commercial. La première question qu'il convient de poser est celle de savoir si le bien était utilisé principalement dans le cours des activités de l'entreprise exploitée par le conjoint. Si, à cette étape, la réponse est « non », alors le bien ne constitue pas un élément d'actif commercial, mais plutôt un bien matrimonial. Si la réponse est « oui », alors le bien visé constitue un élément d'actif commercial et doit faire l'objet d'un examen plus approfondi. S'il comprend de l'argent déposé dans un compte « que les conjoints ou un ou plusieurs de leurs enfants utilisaient ou dont ils jouissaient habituellement pendant la cohabitation des conjoints comme logement ou moyen de transport ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques », une analyse plus poussée s'impose.

[18] Pour trancher la question de savoir si le bien était utilisé principalement dans le cours des activités de l'entreprise exploitée par le conjoint, les juges de procès se reportent souvent à la définition énoncée dans l'arrêt clé de la Cour suprême du Canada en la matière, *Clarke c. Clarke*, [1990] 2 R.C.S. 795, [1990] A.C.S. n^o 97 (QL). Dans son examen de la question de savoir si les pensions sont des biens commerciaux, la juge Wilson a déclaré ce qui suit, à la p. 814 : « Il me semble que les biens commerciaux sont des biens qui ont pour but de produire un revenu dans le sens d'une entreprise. »

[19] Dans *Sarchfield c. Sarchfield* (1990), 109 R.N.-B. (2^e) 335 (C.A.), [1990] A.N.-B. n^o 852 (QL), le juge d'appel Ryan prévient qu'il faut se garder de confondre « actif commercial » au sens de la *Loi sur les biens matrimoniaux* avec les « actifs de l'entreprise », qui sont évidemment les biens de la corporation.

[20] Dans *Fox c. Fox* (1994), 153 R.N.-B. (2^e) 1 (C.A.), [1994] A.N.-B. n^o 415 (QL), l'appelant a prétendu que des créances totalisant 112 289 \$ représentant des gratifications accumulées que lui devaient des compagnies devraient être considérées comme un actif commercial et non pas comme des biens matrimoniaux. Au paragraphe 14, le juge en chef Hoyt a expliqué pourquoi les gratifications versées constituent des biens matrimoniaux :

[TRADUCTION]

Ces créances représentent des gratifications que les compagnies allouent à l'occasion pour conserver leur statut de petites entreprises, ce qui les assujettit à un taux d'imposition moindre. Chaque année, si cela est nécessaire, les compagnies allouaient à cette fin des gratifications aux trois frères. Elles n'étaient pas versées mais devenaient des dettes de la compagnie envers les frères. Si l'un des frères désirait retirer un montant de ses gratifications ou du compte de la dette aux actionnaires, comme cela s'est produit de temps à autre, chacun des frères recevait un montant identique. M. Fox déclarait ses gratifications annuelles comme un revenu et payait l'impôt sur celles-ci, même si elles ne lui avaient pas été versées en espèces ou par chèque au moment de la production de sa déclaration d'impôt. Toutefois, cela n'en fait pas, à mon avis, un actif commercial. Les gratifications, moins ce qui avait été retiré, étaient dues à chacun des frères. Pour des raisons commerciales, à savoir pour éviter que les compagnies aient à emprunter de prêteurs commerciaux, les gratifications demeuraient au compte de la compagnie. Cela, à mon avis, ne modifie pas le caractère des gratifications et, par conséquent, les créances ne deviennent pas de ce fait des biens non matrimoniaux.

[21] D'autres tribunaux d'appel ont abordé le sujet. Le juge d'appel Hart, dans *Hebb c. Hebb* (1991), 103 N.S.R. (2d) 147 (C.S.N.-É., Div. d'appel), [1991] N.S.J. No. 100 (QL), a déclaré ce qui suit à la page 153 :

[TRADUCTION]

Il est tout à fait évident que la société de portefeuille qui exploitait l'édifice Bridgewater Professional Building comme immeuble de location serait normalement classifiée dans la catégorie d'entreprise au sens ordinaire de ce

mot. Cependant, la question de savoir si elle appartient à l'actif commercial ou s'il s'agit d'un bien matrimonial au sens de la *Matrimonial Property Act* est fonction, selon moi, de l'intention des parties. Les personnes mariées peuvent prendre diverses mesures pour subvenir à leurs besoins pendant leur vieillesse et pour assurer leur retraite. Selon la situation financière des parties, elles peuvent parvenir à la sécurité financière future au moyen de pensions, d'assurances, de rentes, de REÉR, de collections de pièces de monnaie ou d'accumulation de biens qui produiront un revenu à l'avenir, pour assurer leur entretien lorsqu'elles auront cessé d'exercer une activité productrice de revenu. Si les parties entendent avoir recours à ces techniques pour se constituer des réserves d'argent pour l'avenir ou pour assurer leur sécurité financière à la retraite, alors on ne peut, selon moi, dire que l'élément d'actif choisi était principalement utilisé ou détenu à des fins commerciales, d'affaires ou d'investissement ou à d'autres fins permettant de produire un revenu ou des profits. Un élément d'actif commercial, à mon sens, est un bien utilisé afin de réaliser des gains relativement immédiats, et non un bien qui est tout simplement détenu à des fins de sécurité financière future. Bien des investissements servent principalement à produire un revenu tiré de l'excédent de capital et sont visés par la définition de *business assets* [actif commercial] donnée dans la *Loi*, mais il se peut que les parties les détiennent à d'autres fins, ce qui peut permettre de les extraire de la catégorie d'actif commercial pour les replacer dans celle de bien matrimonial.

Par le passé, la Cour a statué que c'est l'intention des parties qui détermine la classification d'un bien qui pourrait être soit un actif commercial, soit un bien matrimonial. Voir *Herritt c. Herritt* (1990), 95 N.S.R. (2d) 357, 251 A.P.R. 357, 25 R.F.L. (3d) 273 (C.A.), où la Cour d'appel a confirmé la déclaration du juge du procès selon laquelle un élément d'actif détenu au nom du mari était en réalité détenu pour assurer l'avenir et la retraite de la famille et, par conséquent, ne constituait pas un actif commercial.

[22] Dans *Hickey c. Hickey* (1999), 179 Nfld. & P.E.I.R. 242, [1999] N.J. No. 259 (QL), l'appelant a fait valoir qu'un dépôt à terme qu'il détenait était un élément

d'actif commercial et ainsi n'était pas susceptible de répartition. Le juge d'appel Cameron a expliqué ce qui suit au paragraphe 25 :

[TRADUCTION]

Dans la détermination des fins auxquelles un bien est détenu, on peut tenir compte à la fois des actes et des déclarations des parties à l'égard de celui-ci. Ni l'un ni l'autre mode de détention des fonds, ni la déclaration de l'une ou l'autre des parties quant à son intention particulière en ce qui concerne les fonds, n'est déterminante en la matière. La question qu'il faut se poser est celle de savoir si le bien est détenu aux fins de générer un revenu dans un sens entrepreneurial. L'attitude générale d'une partie quant au partage de son revenu n'a aucune pertinence aux fins de cet exercice. Le revenu tiré d'un emploi qui est déposé dans un compte d'épargne pour procurer une sécurité financière et pour produire des intérêts constitue un bien matrimonial, que la personne considère comme son bien ou comme un actif familial, et qu'elle entende l'utiliser à l'avantage général de la famille ou non. En l'espèce, l'objectif de l'appelant était de garder le bien à des fins futures – bien que d'une manière qui produise des intérêts. Cependant, le bien n'a pas été exploité au sens entrepreneurial. Malgré le fait que le raisonnement du juge du procès ne soit pas entièrement compatible avec les opinions actuelles visant l'interprétation de la *Loi*, sa conclusion voulant que le dépôt à terme soit un bien matrimonial était la bonne.

[23] Le juge d'appel Hart, dans l'affaire *Hebb*, a conseillé d'examiner l'intention des parties lorsqu'il s'agit de classifier un élément d'actif commercial. De plus, selon le juge d'appel Cameron dans l'affaire *Hickey*, pour déterminer les fins auxquelles un bien est détenu, il convient de regarder à la fois les actes et les déclarations des parties vis-à-vis le bien.

[24] De nombreuses décisions de première instance traitent de la question. L'affaire *MacElwain c. MacElwain* (2006), 294 R.N.-B. (2^e) 111, [2006] A.N.-B. n° 13 (QL), 2006 NBBR 19, une décision sur laquelle s'est fondé le juge du procès, portait précisément sur la société professionnelle d'un médecin. Le juge du procès a conclu que la société avait été constituée pour des fins fiscales. Le compte bancaire qu'utilisait la

société professionnelle était le même qu'utilisait le médecin pour les frais de logement ou moyens de transport ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques des deux conjoints et de leurs enfants durant leur cohabitation. L'intention n'avait jamais été de remettre le solde de cet argent dans le compte du cabinet; il s'agissait simplement du surplus à être investi et utilisé par la famille à l'avenir. Voici ce que la juge du procès a conclu, au paragraphe 110 :

[TRADUCTION]

Les placements que détenait le D^r MacElwain dans la société professionnelle sont essentiellement des éléments d'actif provenant de revenus qui dépassaient les besoins de la famille et ne sont pas des éléments d'actif commercial tel que le définit l'article 1 de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. De ce fait, ils ne relèvent pas des exceptions énoncées dans la définition de l'expression « biens matrimoniaux ».

[25] En l'espèce, la société professionnelle avait été constituée en corporation en 1992 et l'appelant en était l'unique actionnaire, administrateur et dirigeant. La société avait été constituée en vue de reporter les paiements de l'impôt sur le revenu et à des fins de planification successorale et de retraite. Les déclarations du juge du procès à cet égard se trouvent au par. 51 :

[TRADUCTION]

Une autre caractéristique distinctive importante se rapporte à l'objet et à l'emploi de la société professionnelle. Le principal, sinon l'unique, objet de la société professionnelle, comme l'ont témoigné le D^r Milton et M. Thornton et comme l'a reconnu l'avocat du D^r Milton, est de retenir une partie du revenu du professionnel et de reporter l'impôt qu'il devrait autrement payer. De nombreux éléments de preuve ont été présentés relativement à l'emploi de la société professionnelle et des sociétés professionnelles en général. Le D^r Milton a témoigné que la société professionnelle a été constituée sur les conseils de son comptable dans le but de [TRADUCTION] « retenir une partie des bénéfices dans la société professionnelle et de reporter l'impôt ». L'avocat du D^r Milton a fait valoir que c'est l'objectif de toute personne

morale. Toutefois, ce n'est habituellement pas le seul ou le principal objectif. Une autre façon de décrire l'utilité ou l'objet de la société professionnelle est de dire que celle-ci ne revêt aucun avantage pour le professionnel si ce dernier a l'intention de recevoir ou d'utiliser personnellement tout son revenu d'emploi annuel net. La société professionnelle est un outil que le professionnel utilise pour lui permettre de retarder les pleines conséquences de l'impôt sur la partie de son revenu dont il n'a pas besoin immédiatement et qu'il investit dans la société professionnelle jusqu'à ce qu'il la retire par la suite lorsqu'il veut l'utiliser. Cela n'a rien de louche mais démontre plutôt que la société professionnelle, de par sa nature même, dépend entièrement du professionnel qui l'utilise comme instrument personnel de planification fiscale pour retarder la perception de son revenu et, par conséquent, pour reporter l'impôt qu'il devrait autrement payer. Elle n'a que peu, sinon pas, de valeur marchande indépendante ni de valeur commerciale. Le professionnel gère les mouvements de trésorerie de la société professionnelle pratiquement de la même façon qu'il gère ses autres liquidités. À cet égard, la société professionnelle peut être considérée comme l'un des pots dans lesquels le professionnel « garde » ses placements ainsi que tout autre élément d'actif tels que les régimes enregistrés d'épargne-retraite et les placements non enregistrés. Comme l'ont souligné de nombreuses décisions publiées, de tels actifs hors exploitation ne sont pas en jeu ou à risque de la même façon que les fonds excédentaires d'une société qui est de nature entrepreneuriale.

[26] Dans sa demande présentée en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, l'intimée a demandé une répartition égale de tous les biens matrimoniaux et non matrimoniaux, notamment de la société professionnelle de son mari. En particulier, elle cherchait à obtenir la répartition des bénéfices non répartis de la société professionnelle. Le juge du procès a qualifié ainsi cet argent : [TRADUCTION] « encaisse », « placements » ou « fonds », mais il est généralement accepté qu'il s'agit des bénéfices non répartis de la société professionnelle, soit ses éléments d'actif moins son passif.

[27] Si j'adopte la démarche en deux étapes énoncée précédemment, je conclus d'abord que la société professionnelle en l'espèce n'est pas utilisée principalement dans le cours des activités d'une entreprise puisqu'elle ne comporte aucun

aspect de la nature d'une entreprise; elle sert principalement à reporter les paiements de l'impôt sur le revenu et est, par conséquent, comme un cousin germain du REÉR. Pour ce qui est de l'intention, des déclarations et des actes des parties, il a été établi – et le juge du procès en a conclu autant – que les bénéfices non répartis étaient utilisés par les deux conjoints ou un ou plusieurs de leurs enfants, pendant la cohabitation des époux, pour les frais de logement ou moyens de transport ou pour des fins ménagères, éducatives, récréatives, sociales ou esthétiques. Étant donné cette conclusion, il n'y a pas lieu de procéder à la deuxième étape de l'analyse.

[28] Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans sa conclusion voulant que la société professionnelle soit un bien matrimonial susceptible de répartition en parts égales, et je rejette ce moyen d'appel.

VII. Aliments au profit de l'épouse

[29] Pour ce qui est des aliments au profit de l'épouse, l'appelant n'a pas donné la preuve de son revenu personnel pour les années suivant la séparation, mais l'intimée a présenté des éléments de preuve établissant que le revenu annuel de l'appelant avant impôt était d'environ 500 000 \$. Le juge du procès en a convenu au par. 87 :

[TRADUCTION]

Pour les mêmes motifs pour lesquels j'ai conclu que l'actif de la société professionnelle était un actif familial, y compris les motifs énoncés dans l'affaire *Wildman*, je dois conclure que le droit exige que, pour déterminer de façon précise le revenu du D^r Milton, je dois tenir compte des bénéfices nets de son cabinet. Je conviens que, aux fins de l'établissement du montant de la pension alimentaire au profit de M^{me} Milton, le revenu avant impôt du D^r Milton est d'environ 500 000 \$. Cela inclut une réduction du revenu de placements pour refléter le fait qu'à l'avenir, ce revenu sera probablement moindre que celui pour l'année 2006.

[30] Dans *Wildman c. Wildman* (2006), 82 O.R. (3d) 401 (C.A.), [2006] O.J. No. 3966 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les entreprises de l'appelant

étaient son alter ego; elles ne constituaient pas une entité distincte de lui-même et aucun tiers n'avait un intérêt dans les compagnies. Il ne faisait aucun doute que l'appelant avait dirigé ses entreprises et organisé son actif commercial de façon à réaffecter des fonds de celles-ci à son usage personnel : l'appelant et ses compagnies constituaient une seule et même entité. La Cour a conclu que, bien qu'un homme ou une femme d'affaires ait le droit de créer des sociétés et relations d'affaires pour des raisons commerciales, fiscales et toutes autres raisons valides, il faut être vigilant en droit pour faire en sorte que les arrangements permissibles relatifs aux sociétés ne donnent pas lieu à une injustice dans le domaine du droit de la famille. La juge d'appel MacPherson récapitule ainsi au paragraphe 49 :

[TRADUCTION]

En fin de compte, bien qu'un homme ou une femme d'affaires ait le droit de créer des sociétés et relations d'affaires pour des raisons commerciales, fiscales et toutes autres raisons valides, il faut être vigilant en droit pour faire en sorte que les arrangements permissibles relatifs aux sociétés ne donnent pas lieu à une injustice dans le domaine du droit de la famille. Dans les cas appropriés, le fait de lever le voile de la personnalité morale des entreprises commerciales d'un conjoint peut constituer un moyen essentiel permettant à l'autre conjoint et aux enfants à charge de recevoir le soutien financier auquel ils ont droit en vertu de la loi. Le juge du procès a reconnu, à bon droit, que c'était le cas en l'espèce.

[31] Dans l'affaire dont la Cour est saisie, le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'un long mariage traditionnel, puisqu'il avait duré 21 ans. Après la séparation, le niveau de vie de l'intimée avait diminué, mais pas celui de l'appelant. Le juge du procès s'est servi des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Ébauche d'une proposition* comme outil de comparaison pour arriver à la pension alimentaire précise à être versée. En l'espèce, les lignes directrices prévoyaient des aliments mensuels dans l'échelle de 7 952 \$ à 10 603 \$. Il a estimé que le revenu futur de l'intimée serait d'environ 40 000 \$ par an (une augmentation de son revenu annuel de 11 000 \$ à 15 000 \$ depuis la séparation, pour tenir compte de revenus de placement anticipés) et, comme je l'ai indiqué, il est arrivé à un revenu annuel de

500 000 \$ pour l'appelant. Il a ordonné à l'appelant de verser une pension alimentaire de 6 500 \$ par mois au profit de l'épouse, pour une durée indéterminée. Il n'a de ce fait commis aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision, et je rejette ce moyen d'appel.

VIII. Assurance-vie

[32] Le paragraphe 15.2(1) de la *Loi sur le divorce* confère à la Cour le pouvoir de garantir le paiement des aliments au profit de l'épouse. Il est libellé ainsi :

15.2 (1) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse.	15.2 (1) Sur demande des époux ou de l'un d'eux, le tribunal compétent peut rendre une ordonnance enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.
--	---

[33] Lorsqu'il a appliqué ce paragraphe, le juge du procès a tout simplement dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'estime qu'il s'agit, en l'espèce, d'une situation où il est approprié d'ordonner la constitution d'une telle garantie et j'ordonne au D^r Milton de désigner, sur-le-champ, M^{me} Milton comme l'unique bénéficiaire de la police d'assurance-vie de la OMA Insurance qu'il détient pour la somme de 750 000 \$ et de payer les primes dans le cours normal jusqu'à nouvelle ordonnance de la Cour. Une preuve du changement de bénéficiaire doit être fournie à M^{me} Milton au plus tard le 15 novembre 2007.

[34] Bien que je ne partage pas l'avis de l'appelant voulant que la garantie du paiement de versements périodiques au moyen d'une police d'assurance-vie ne soit pas comprise parmi les objectifs d'une ordonnance alimentaire au profit de l'épouse,

(par. 15.2(6) de la *Loi*), il ressort de la jurisprudence que la compétence dont jouit la cour d'ordonner des paiements qui pourraient obliger la succession du conjoint débiteur n'est pas exempt de doute (voir *Ripley c. Ripley* (1991), 52 B.C.L.R. (2d) 362 (C.A.), [1991] B.C.J. No. 4 (QL) et *Waters c. Conrod* (2007), 240 B.C.A.C. 208, [2007] B.C.J. No. 813 (QL), 2007 BCCA 230). Cependant, bien des tribunaux de première instance ont statué que l'art. 15 de la *Loi* les habilite à rendre une ordonnance alimentaire qui puisse être exécutée après le décès du conjoint débiteur (voir *Hines c. Hines* (2004), 276 R.N.-B. (2^e) 9, [2004] A.N.-B. n^o 373 (QL), 2004 NBBR 349, *Saunders c. Saunders* (2007), 312 R.N.-B. (2^e) 363, [2007] A.N.-B. n^o 120 (QL), 2007 NBBR 133, *Roy c. Roy* (2007), 322 R.N.-B. (2^e) 283, [2007] A.N.-B. n^o 247 (QL), 2007 NBBR 234 et *B.W. c. B.W.* (2007), 324 R.N.-B. (2^e) 107, [2007] A.N.-B. n^o 420 (QL), 2007 NBBR 330).

[35] Le juge du procès a ordonné à l'appelant de verser les primes afférentes à une police de 750 000 \$ pour garantir l'ordonnance alimentaire au profit de l'épouse, sans trop donner d'explications. Aucune preuve n'a été produite quant à l'espérance de vie de l'une ou l'autre des parties ou à l'utilisation de la somme de 750 000 \$, sauf pour le fait qu'une telle assurance existe déjà en faveur de la succession de l'appelant. Nous ne sommes pas absolument certains du montant des primes. L'état financier de l'appelant indique qu'il verse 1 100 \$ par mois pour de l'assurance-vie, mais il ne ressort pas clairement ni de la preuve ni de la décision de première instance si ce montant se rapporte à une seule police. La preuve produite par l'appelant sur ce sujet est incomplète : selon son témoignage, il a deux polices, et les primes combinées des deux sont de 1 100 \$, mais il n'a pas précisé les primes de chacune. Cependant, il est logique de présumer que le juge du procès a établi le montant de la pension alimentaire au profit de l'épouse au bas de l'échelle recommandée par les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux – Ébauche d'une proposition*, puisqu'il a tenu compte de la somme de 1 100 \$ que l'appelant devrait payer pour garantir les aliments au profit de l'intimée. Eu égard aux circonstances, je confirmerais l'ordonnance. À mon sens, si nous avions infirmé l'ordonnance de garantie des aliments, il aurait alors été nécessaire de réexaminer le montant de l'ordonnance alimentaire afin de voir s'il y avait lieu de l'augmenter.

[36] Les juges de procès devraient examiner attentivement la preuve à l'appui de ce genre d'ordonnance en garantie du paiement des aliments au profit d'un conjoint. Ils devraient tenir compte des facteurs suivants : le montant de la police suffit-il à garantir le paiement de l'ordonnance alimentaire, ou encore est-il excessif? Eu égard au montant de la pension alimentaire au profit du conjoint, le montant de la prime est-il raisonnable ou excessif? Si l'ordonnance alimentaire est d'une durée limitée, alors la durée de la garantie devrait être limitée [TRADUCTION] « à la période pendant laquelle les aliments sont versés » ou « à la période pendant laquelle l'appelant a l'obligation de contribuer à l'entretien de son époux ou épouse ». Il convient également de voir si la police devrait être répartie au profit de l'ancien conjoint et des enfants issus du mariage.

[37] Pour conclure, je confirme l'ordonnance du juge du procès à tous égards. Je rejette l'appel et j'ordonne à l'appelant de verser à l'intimée des dépens de 5 000 \$.