

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

51-10-CA

EDWARD ARNOLD TREVORS

APPELLANT

- and -

PEARL A. JENKINS

RESPONDENT

Trevors v. Jenkins, 2011 NBCA 61

CORAM:

The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
April 1, 2010 (FDN 120-1994)

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
March 24, 2011

Judgment rendered:
July 21, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

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

EDWARD ARNOLD TREVORS

APPELANT

- et -

PEARL A. JENKINS

INTIMÉE

Trevors c. Jenkins, 2011 NBCA 61

CORAM :

L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
1^{er} avril 2010 (FDN 120-1994)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 24 mars 2011

Jugement rendu :
Le 21 juillet 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at hearing:

For the appellant:

Edward Arnold Trevors appeared in person

For the respondent:

Pearl A. Jenkins appeared in person

THE COURT

The appeal is allowed without costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :

Edward Arnold Trevors a comparu en personne

Pour l'intimée :

Pearl A. Jenkins a comparu en personne

LA COUR

L'appel est accueilli sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal of a decision of a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, following a motion seeking variation of child support under the *Federal Child Support Guidelines*.

II. Factual and Procedural Background

[2] The parties were involved in a common law relationship from which there were two children. The oldest child is no longer a child of the marriage, but the younger child, born in 1992, is enrolled in school on a part-time basis, and resides with her mother. Mr. Trevors had been ordered to pay child support for both children by an order dated July 12, 2002. In January, 2008, a show cause hearing was held as a result of the ongoing child support arrears. Mr. Trevors provided the Court with copies of his income tax returns and proof of income for the years 2002 to 2006. As a result of the show cause hearing, the child support for both children was varied retroactively to June 1, 2003, based on Mr. Trevors' increase in income which constituted a change in circumstances. The judge set child support on the basis of Mr. Trevors' income for the period of May 2007 to June 2008, \$55,568. This amount was an anomaly, as his income for the previous four years had been \$ 25,070, \$41,152, \$14,697 and \$36,944.

[3] Mr. Trevors was credited for the time the children had resided with him in 2007, as well as an additional three months when the older child resided with him. Future child support for the youngest child was set at \$481 per month, applying the *Federal Child Support Guidelines* tables based on an annual income of \$55,568. Orthodontic expenses were to be shared on an equal basis by the parties, and special expenses consisting of recreational extra-curricular school activities, to a maximum of \$400 per

year per child, were to be shared by the parties on an equal basis as well. Mr. Trevors was ordered to file copies of his income tax return with the Court by May 31st of each year. From April 18, 2008, to April 1, 2010, Mr. Trevors appeared in Family Division on no less than ten occasions. On January 6, 2009, a motion judge held a show cause hearing and ordered:

If, on January 1, 2009, or on the first day of [...] any month thereafter, the Respondent, Edward Arnold Trevors, does not make his regular child support payments, as per the Order of Mr. Justice Michel A. Robichaud dated April 18, 2008, the Administrator is ordered to prepare the necessary documents to have the respondent, Edward Arnold Trevors, incarcerated for a period of ten (10) days that scenario being applicable for each and every month until further order of the Court.

[4] On April 15, 2009, a further show cause hearing was held regarding child support payments. In the fall of 2009, Mr. Trevors filed a motion seeking to have his child support payments varied retroactively. He had filed for bankruptcy in November 2009, and his income for 2009 was indicated as being \$1,144.00 per month. Mr. Trevors produced contradictory evidence regarding his bankruptcy: at one hearing, he advised he had left his employment due to health reasons, and, at another hearing, he stated the car dealership where he was employed had closed. The judge found Mr. Trevors had quit his job at the car dealership. At a further hearing, it was discovered that Mr. Trevors was employed by his new spouse who operates a business that does renovations and cleaning.

[5] Further hearings were held on December 11, 2009, January 11, 2010, March 12, 2010, and April 1, 2010. At the final hearing, the judge gave an oral decision wherein he determined the youngest of the children to be a child of the marriage, and that Mr. Trevors' obligation toward her support continued. As stated earlier, Mr. Trevors appeared in the Court of Queen's Bench ten times between April 18, 2008, and the April 1, 2010, hearing (after having been served with an order to attend or ordered to return pursuant to show cause hearings). The judge determined the Court had received unreliable evidence regarding Mr. Trevors' actual income, and declined to vary the

existing order (dated January 6, 2009). The judge was of the opinion Mr. Trevors was underemployed, and did not wish to find employment that would remunerate him in the amount he had earned previously. For those reasons, the judge imputed income of \$55,568 to Mr. Trevors and dismissed his motion. The child support set out in the previous order remained the same, and Mr. Trevors was ordered to continue paying \$200 per month toward the arrears.

III. Issues on Appeal

[6] Mr. Trevors relies on three grounds of appeal:

- 1) The child support payments should be varied according to the *Federal Child Support Guidelines*, based on his actual income;
- 2) The arrears should be recalculated according to the financial documents that were provided indicating actual income; and
- 3) The order to incarcerate if payment is not made by the first of each month should be removed.

IV. Standard of Review

[7] In family matters, motion judges' decisions are to be given considerable deference. In *MacDonald v. MacDonald*, 2011 NBCA 25, [2011] N.B.J. No. 81 (QL), Larlee J.A. states:

[...] An appellate court is empowered to set aside or vary a decision or order where it is the product of an error of law, an error in principle, a significant misapprehension of the evidence or if it is clearly wrong (see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL) para. 11; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Savoie v. Levesque*, 2009 NBCA 47, [2009] N.B.J. No. 47 (QL); *Ms. P.H. v. Mr. P.H.*, 2008 NBCA 17, [2008] N.B.J. No. 52 (QL); *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338, N.B.R. (2d) 300, para. 14.; *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA

33, [2007] N.B.J. No. 249 (QL), para. 35; *S.H. v. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 N.B.R. (2d) 314, para. 2). [para. 7]

Although I am mindful of the fact that appellate courts should be reticent to interfere with a motion judge's exercise of discretion, I believe this is a case where the exercise of discretion must be reviewed on the basis of reasonableness. Our role remains one that requires a review of the record to ensure compliance with statutory law and common law principles. This Court will remain vigilant to ensure compliance with both.

V. Analysis

A. *Variation of child support and retroactive variation of arrears*

[8] As the first two grounds of appeal are inextricably intertwined, I will deal with them together. In order to vary a child support award, the court must be satisfied there has been a change in circumstances. Once a change has been found to have occurred, the court must rely on the best evidence it has to determine the amount of support payable. The *Federal Child Support Guidelines* set out how to determine the amount of child support payable. In *Scott v. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 N.B.R. (2d) 61, Richard J.A. states:

The governing principles for the determination of income for the purposes of child support are set out in ss. 16-20 of the *Federal Child Support Guidelines* subject to the interpretive rule set out in s. 2(3) that "the most current information must be used." [para. 35]

[9] In this case, the judge did not undertake any analysis to determine whether a change in circumstances had occurred since the date of the last order. If one reviews Mr. Trevors' reported earning history, it is quite evident that whether or not he is intentionally under-employed, he had only once, in the past seven years earned \$55,000. Mr. Trevors provided evidence of his bankruptcy in 2009, as well as proof of his earnings for 2009. The motion judge found Mr. Trevors had not provided the court with sufficient,

reliable documentation for the calculation of child support. With respect, I disagree for the following reason. Mr. Trevors' income at the time of the last hearing was \$16,500, this amount was comprised of \$12,342, as indicated at line 150 of his Notice of Assessment (Exhibit P-6), plus employment insurance earnings (Exhibit P-1). In my view, this, combined with Mr. Trevors' bankruptcy, clearly indicates a change of circumstances.

[10] The next step is to determine the amount of support that should be paid. The *Federal Child Support Guidelines* allow for the imputation of income in certain circumstances. Section 19.(1) provides:

Imputing income

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;

(b) the spouse is exempt from paying federal or provincial income tax;

(c) the spouse lives in a country that has effective rates of income tax that are significantly lower than those in Canada;

(d) it appears that income has been diverted which would affect the level of child support to be determined under these Guidelines;

(e) the spouse's property is not reasonably utilized to generate income;

Attribution de revenu

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;

b) il est exempté de l'impôt fédéral ou provincial;

c) il vit dans un pays où les taux d'imposition effectifs sont considérablement inférieurs à ceux en vigueur au Canada;

d) des revenus semblent avoir été détournés, ce qui aurait pour effet d'influer sur le montant de l'ordonnance alimentaire à déterminer en application des présentes lignes directrices;

e) les biens de l'époux ne sont pas raisonnablement utilisés pour gagner un revenu;

(f) the spouse has failed to provide income information when under a legal obligation to do so;	f) il n'a pas fourni les renseignements sur le revenu qu'il est légalement tenu de fournir;
(g) the spouse unreasonably deducts expenses from income;	g) il déduit de façon déraisonnable des dépenses de son revenu;
(h) the spouse derives a significant portion of income from dividends, capital gains or other sources that are taxed at a lower rate than employment or business income or that are exempt from tax; and	h) il tire une portion considérable de son revenu de dividendes, de gains en capital ou d'autres sources qui sont imposés à un taux moindre que le revenu d'emploi ou d'entreprise ou qui sont exonérés d'impôt;
(i) the spouse is a beneficiary under a trust and is or will be in receipt of income or other benefits from the trust.	i) il reçoit ou recevra un revenu ou d'autres avantages à titre de bénéficiaire d'une fiducie.

[11] The motion judge determined Mr. Trevors is intentionally under-employed within the meaning of s. 19(1)(a) and is hiding income under the guise of having his new spouse claim to be the owner of the business by which he is employed:

[...] He is pretty much involved in that business...that he is the one taking care of all the advertising, that he is doing some managerial work and so forth, is evidence that he is a lot more implicated in that business than he wish [*sic*] this Court to believe. If he was not part of that business he could have called his wife to that effect, as a witness and she would have been the one in the position to say that it was his. Otherwise the Court has reasons to believe that he is part of that business and we should have obtained from him the information that would have shown what his real income is. To testify that, like he did this morning, that he was working for family and while working for family he was not getting paid, that he is working for neighbo[u]rs and he is not getting paid is not, I think, accurate information.”

The motion judge concluded that Mr. Trevors was under-employed and declined to vary the existing order.

[12] Section 19(1)(a) of the *Federal Child Support Guidelines* provides that a court may impute income to a parent if he or she is intentionally under-employed or

unemployed. As noted, the motion judge found there was intentional under-employment on the part of Mr. Trevors. I would not interfere with that finding. I do, however, have difficulty with the method utilized by the motion judge to determine the amount of support payable. The motion judge found that Mr. Trevors had not provided sufficient documentation for the calculation of child support.

[13] In this case, the motion judge did not believe Mr. Trevors' 2009 Notice of Assessment and Employment Insurance stubs were sufficient to calculate income. However, the judge had evidence before him indicating Mr. Trevors was not earning anywhere near \$55,000 and, that the income earned in 2008 was exceptional.

[14] Section 17(1) of the *Federal Child Support Guidelines* states:

Pattern of income

17. (1) If the court is of the opinion that the determination of a spouse's annual income under section 16 would not be the fairest determination of that income, the court may have regard to the spouse's income over the last three years and determine an amount that is fair and reasonable in light of any pattern of income, fluctuation in income or receipt of a non-recurring amount during those years.

Tendance du revenu

17. (1) S'il est d'avis que la détermination du revenu annuel de l'époux en application de l'article 16 ne correspond pas à la détermination la plus équitable, le tribunal peut, compte tenu du revenu de l'époux pour les trois dernières années, déterminer une somme équitable et raisonnable en fonction de toute tendance ou fluctuation du revenu au cours de cette période ou de toute somme non récurrente reçue au cours de celle-ci.

[15] Therefore, in situations where a determination of an individual's annual income under s. 16 of the *Guidelines* would not be fair, the court can utilize the individual's income over the last three years, and determine an amount that is fair and reasonable. Perhaps this is what should have been argued before the judge who rendered the April 18, 2008 order. In this case, it is inappropriate to resort to s. 17 to determine Mr. Trevors' income, as the judge found that he was intentionally under-employed and imputed income of \$55,000, the income earned in 2008. Under s.17 of the *Guidelines*, the amounts that would have been used to determine income are: 2009 – (\$16,500), June 2007 to May 2008 (\$55,568), June 2006 - May 2007 (\$36,944), for an average of

\$36,337. I do not believe this to be a fair reflection of Mr. Trevors' annual income. Since the record contains all the relevant information, I will undertake the calculations required to render the decision which should have been made at first instance. In order to determine an amount that is fair and reasonable, based on Mr. Trevors' earning history, I would also include the amount he earned in the year June 2005 – May 2006 (\$14,697). This results in an average of \$30,927.25 per year, and child support payable in the amount of \$271 per month for one child. I would make this payment amount retroactive to October 29, 2009, the date at which Mr. Trevors filed the Notice of Motion seeking to vary child support and a retroactive variation of arrears.

B. *Removal of the Order to Incarcerate*

[16] In his order dated January 6, 2009, the motion judge directed that if Mr. Trevors did not make his regular child support payments pursuant to the April 18, 2008 order, the Court Administrator was to prepare the necessary documentation to have Mr. Trevors incarcerated for a ten-day period. This was ordered to be in effect on an ongoing basis, until further order of the court.

[17] A review of the *Support Enforcement Act*, S.N.B. 2005, c. S-15.5 reveals that s. 35(1) allows for the imprisonment of a payor. Sections 35(1), (2) and (3) provide :

Imprisonment of payer

35(1) If the court is satisfied that all other practicable means that are available under this Act for enforcing a support order have been considered, the court may

(a) order imprisonment of the payer until the default is remedied, or

(b) impose a fine on the payer of not more than \$500.

35(2) An order for imprisonment under paragraph (1)(a)

Emprisonnement du payeur

35(1) Si la cour est convaincu que toutes les autres mesures utilisées qui sont disponibles en vertu de la présente loi pour exécuter une ordonnance de soutien ont été étudiées, elle peut, selon le cas :

a) ordonner l'emprisonnement du payeur jusqu'à ce qu'il soit remédié au défaut,

b) imposer une amende au payeur d'au plus 500 \$.

35(2) L'ordonnance d'emprisonnement en vertu de l'alinéa (1)a) :

(a) may be made conditional upon default in the performance of a condition set out in the order,

a) peut être assujettie au défaut d'observation d'une condition prévue dans l'ordonnance;

(b) may be ordered to be served intermittently, and

b) peut prévoir une peine purgée de façon intermittente;

(c) shall not be for a period longer than 90 days, notwithstanding that the default has not been remedied.

c) est d'une période d'au plus quatre-vingt dix jours, même s'il n'a pas été remédié au défaut.

35(3) Imprisonment of a payer under this section does not discharge arrears owing under a support order.

35(3) L'emprisonnement d'un payeur en vertu du présent article ne le libère pas des arriérés sur le soutien versé en vertu de l'ordonnance de soutien.

[18] Since s. 35(2)(c) states an order for imprisonment shall not be for a period longer than 90 days, notwithstanding that the default has not been remedied, I am not convinced that this section permits a continuation of the prospect of incarceration on an indefinite basis without first having a show cause hearing where the payor could explain his or her reason for non-payment. Regardless, this issue was not argued before us, and as we are allowing Mr. Trevors' appeal, the order of April 1, 2010 is set aside, including the portion respecting future incarceration. Therefore, it is not necessary to address this issue which is best left for another day.

V. Disposition

[19] For these reasons, I would allow the appeal without costs and set aside the order of April 1, 2010. I would order that the child support payments be set in the amount of \$271 per month, retroactive to October 29, 2009. As the \$200 per month payment toward arrears was not an issue brought before us by Mr. Trevors, I would order that this

payment continue. As the order of April 1, 2010 is set aside, the order concerning future incarceration is also set aside.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel à l'encontre d'une décision rendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, à la suite d'une motion en modification de la pension alimentaire au profit de l'enfant, sous le régime des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*.

II. Le cadre factuel et procédural

[2] Les parties vivaient en union libre dont sont issus deux enfants. L'aîné n'est plus un enfant à charge, mais la cadette, née en 1992, est inscrite aux études à temps partiel et habite chez sa mère. M. Trevors avait reçu l'ordre de payer une pension alimentaire au profit des deux enfants, par voie d'une ordonnance datée du 12 juillet 2002. En janvier 2008, une audience de justification a eu lieu en raison de l'arriéré persistant de la pension alimentaire au profit des enfants. M. Trevors a fourni à la Cour des copies de ses déclarations de revenus et de ses attestations de revenus pour les années 2002 à 2006. Par suite de l'audience de justification, la pension alimentaire au profit des deux enfants a été modifiée rétroactivement au 1^{er} juin 2003 en raison de l'augmentation du revenu de M. Trevors, qui constituait un changement de situation. Le juge a fixé la pension alimentaire au profit de l'enfant en fonction du revenu de M. Trevors pour la période allant de mai 2007 à juin 2008, soit 55 568 \$. Ce montant était anormal, car son revenu pour les quatre années précédentes avait été de 25 070 \$, de 41 152 \$, de 14 697 \$ et de 36 944 \$.

[3] M. Trevors a obtenu une réduction pour le temps pendant lequel les enfants avaient habité chez lui en 2007, et pour une période additionnelle de trois mois pendant laquelle l'aîné a habité chez lui. La pension alimentaire future de la cadette a été

fixée à 481 \$ par mois, d'après les tables des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, en fonction d'un revenu annuel de 55 568 \$. Les frais des soins orthodontiques devaient être assumés à parts égales par les parties, de même que les dépenses spéciales en vue d'activités parascolaires récréatives, jusqu'à concurrence de 400 \$ par année par enfant. M. Trevors a reçu l'ordre de déposer à la Cour des copies de ses déclarations de revenus au plus tard le 31 mai de chaque année. Du 18 avril 2008 au 1^{er} avril 2010, M. Trevors a comparu à la Division de la famille à 10 occasions au moins. Le 6 janvier 2009, un juge saisi d'une motion a tenu une audience de justification et a rendu cette ordonnance :

[TRADUCTION]

Si, le 1^{er} janvier 2009 ou le premier jour [...] de tout mois subséquent, l'intimé, Edward Arnold Trevors, ne fait pas ses paiements réguliers de pension alimentaire au profit des enfants conformément à l'ordonnance du juge Michel A. Robichaud, datée du 18 avril 2008, il est ordonné à l'administrateur de préparer les documents nécessaires pour le faire incarcérer pendant une période de dix (10) jours, mesure applicable chaque mois jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance.

- [4] Le 15 avril 2009, une autre audience de justification a été tenue au sujet des paiements alimentaires au profit des enfants. À l'automne 2009, M. Trevors a déposé une motion sollicitant la modification rétroactive de ses paiements alimentaires au profit des enfants. Il avait déposé une cession de faillite en novembre 2009, et son revenu indiqué pour 2009 était de 1 144 \$ par mois. M. Trevors a présenté des éléments de preuve contradictoires au sujet de sa faillite : à une audience, il a indiqué qu'il avait quitté son emploi pour des raisons de santé, et à une autre audience, il a déclaré que la concession d'automobiles pour laquelle il travaillait avait fermé ses portes. Le juge a conclu que M. Trevors avait démissionné de son poste à la concession de voitures. À une audience ultérieure, il a été découvert que M. Trevors était employé par sa nouvelle conjointe, qui exploite une entreprise de rénovation et de nettoyage.

[5] Des audiences additionnelles ont été tenues le 11 décembre 2009, le 11 janvier 2010, le 12 mars 2010 et le 1^{er} avril 2010. À la dernière audience, le juge a rendu une décision orale, où il a déclaré que la cadette était une enfant à charge et que l'obligation alimentaire de M. Trevors envers elle était maintenue. Comme je l'ai déjà dit, M. Trevors a comparu 10 fois à la Cour du Banc de la Reine entre l'audience du 18 avril 2008 et celle du 1^{er} avril 2010 (après avoir reçu signification d'une ordonnance de comparution ou l'ordre de comparaître à nouveau par suite d'audiences de justification). Le juge a conclu que la Cour n'avait pas reçu de preuve fiable concernant le revenu réel de M. Trevors et a refusé de modifier l'ordonnance en vigueur (datée du 6 janvier 2009). Le juge était d'avis que M. Trevors était sous-employé et ne voulait pas trouver un emploi aussi rémunérateur que celui qu'il avait auparavant. Pour ces motifs, le juge a imputé un revenu de 55 568 \$ à M. Trevors et a rejeté sa motion. La pension alimentaire fixée au profit de l'enfant dans l'ordonnance précédente n'a pas été modifiée, et M. Trevors a reçu l'ordre de continuer de payer 200 \$ par mois au titre de l'arriéré.

III. Questions en litige en appel

[6] M. Trevors invoque trois moyens d'appel :

- 1) Les paiements alimentaires au profit de l'enfant devraient être modifiés conformément aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, en fonction de son revenu réel.
- 2) L'arriéré devrait être recalculé conformément aux documents financiers fournis, qui indiquent son revenu réel.
- 3) L'ordonnance d'incarcération en cas de défaut de paiement le premier jour de chaque mois devrait être annulée.

IV. Norme de contrôle

[7] En matière familiale, il y a lieu de faire preuve d'une grande retenue à l'égard de la décision du juge saisi d'une motion. Voici ce qu'a dit la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *MacDonald c. MacDonald*, 2011 NBCA 25, [2011] A.N.-B. n° 81 (QL) :

[...] Un tribunal d'appel a le pouvoir d'annuler ou de modifier une décision ou une ordonnance lorsqu'elle est le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur de principe, d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou si elle est manifestement erronée (voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), par. 11, *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, *Savoie c. Levesque*, 2009 NBCA 47, [2009] A.N.-B. n° 282 (QL), *M^{me} P.H. c. M. P.H.*, 2008 NBCA 17, [2008] A.N.-B. n° 52 (QL), *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300, par. 14, *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, [2007] A.N.-B. n° 249 (QL), par. 35, et *S.H. c. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 R.N.-B. (2^e) 314, par. 2). [Par. 7]

Bien que je sois consciente du fait que les tribunaux d'appel devraient hésiter à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge saisi d'une motion, je crois qu'il s'agit, en l'espèce, d'un cas où l'exercice de ce pouvoir doit faire l'objet d'un contrôle afin d'en déterminer le caractère raisonnable. Notre rôle exige toujours un examen du dossier pour assurer le respect des principes du droit législatif et de la common law. Notre Cour demeurera vigilante pour assurer le respect des deux.

V. Analyse

A. *Modification de la pension alimentaire au profit de l'enfant et modification rétroactive de l'arriéré*

[8] Puisque les deux premiers moyens d'appel sont inextricablement liés, je les examinerai ensemble. Pour modifier le montant de la pension alimentaire au profit d'un enfant, la Cour doit être convaincue qu'il y a eu changement de situation. Après avoir conclu qu'un changement a eu lieu, la Cour doit s'appuyer sur la meilleure preuve

dont elle dispose pour fixer le montant de la pension alimentaire à payer. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* décrivent comment déterminer le montant de la pension alimentaire à payer pour un enfant. Dans l'arrêt *Scott c. Scott*, 2004 NBCA 99, 278 R.N.-B. (2^e) 61, le juge d'appel Richard affirme ce qui suit :

Les principes directeurs qui régissent la détermination du revenu en ce qui concerne les aliments à verser au profit d'un enfant sont énoncés aux articles 16 à 20 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* sous réserve de la règle d'interprétation énoncée au paragraphe 2(3) selon laquelle cette détermination se fait « selon les renseignements les plus à jour ». [Par. 35]

[9] En l'espèce, le juge n'a entrepris aucune analyse pour déterminer s'il y avait eu changement de situation depuis la date de la dernière ordonnance. Si on examine l'évolution des revenus déclarés de M. Trevors, il est bien évident que, peu importe qu'il ait choisi d'être sous-employé ou non, il a gagné 55 000 \$ une seule fois pendant les sept dernières années. M. Trevors a fourni la preuve de sa faillite en 2009 ainsi que la preuve de ses revenus en 2009. Le juge saisi de la motion a conclu que M. Trevors n'avait pas fourni à la Cour une documentation suffisante et fiable en vue du calcul de la pension alimentaire au profit de l'enfant. Avec égards, je ne suis pas d'accord, pour le motif suivant : le revenu de M. Trevors, au moment de la dernière audience, était de 16 500 \$, montant qui incluait la somme de 12 342 \$, indiquée à la ligne 150 de son avis de cotisation (pièce P-6), plus des gains d'assurance-emploi (pièce P-1). À mon avis, ces faits, ajoutés à la faillite de M. Trevors, indiquent clairement un changement de situation.

[10] L'étape suivante consiste à déterminer le montant de la pension alimentaire qui devrait être payée. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* permettent l'attribution d'un revenu dans certaines circonstances. Le par. 19(1) est libellé comme suit :

Imputing income

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;
- (b) the spouse is exempt from paying federal or provincial income tax;
- (c) the spouse lives in a country that has effective rates of income tax that are significantly lower than those in Canada;
- (d) it appears that income has been diverted which would affect the level of child support to be determined under these Guidelines;
- (e) the spouse's property is not reasonably utilized to generate income;
- (f) the spouse has failed to provide income information when under a legal obligation to do so;
- (g) the spouse unreasonably deducts expenses from income;
- (h) the spouse derives a significant portion of income from dividends, capital gains or other sources that are taxed at a lower rate than employment or business income or that are exempt from tax; and
- (i) the spouse is a beneficiary under a trust and is or will be in receipt of income or other benefits from the trust.

Attribution de revenu

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;
- b) il est exempté de l'impôt fédéral ou provincial;
- c) il vit dans un pays où les taux d'imposition effectifs sont considérablement inférieurs à ceux en vigueur au Canada;
- d) des revenus semblent avoir été détournés, ce qui aurait pour effet d'influer sur le montant de l'ordonnance alimentaire à déterminer en application des présentes lignes directrices;
- e) les biens de l'époux ne sont pas raisonnablement utilisés pour gagner un revenu;
- f) il n'a pas fourni les renseignements sur le revenu qu'il est légalement tenu de fournir;
- g) il déduit de façon déraisonnable des dépenses de son revenu;
- h) il tire une portion considérable de son revenu de dividendes, de gains en capital ou d'autres sources qui sont imposés à un taux moindre que le revenu d'emploi ou d'entreprise ou qui sont exonérés d'impôt;
- i) il reçoit ou recevra un revenu ou d'autres avantages à titre de bénéficiaire d'une fiducie.

[11] Le juge saisi de la motion a déterminé que M. Trevors a choisi d'être sous-employé, au sens de l'al. 19(1)a), et cache un revenu en incitant sa nouvelle conjointe à déclarer qu'elle est la propriétaire de l'entreprise dont il est employé :

[TRADUCTION]

[...] Il s'est engagé plutôt à fond dans cette entreprise [...] le fait que c'est lui qui s'occupe de toute la publicité, qu'il fait du travail de gestion et ainsi de suite, prouve qu'il est beaucoup plus engagé dans cette entreprise qu'il ne voudrait le faire croire à notre Cour. S'il ne faisait pas partie de cette entreprise, il aurait pu faire témoigner son épouse en ce sens, et c'est elle qui aurait pu dire alors que l'entreprise était à lui. Sinon, la Cour a des motifs de croire qu'il fait partie de l'entreprise, et nous aurions dû obtenir de lui l'information qui aurait montré le revenu qu'il gagne réellement. Un témoignage comme celui qu'il nous a donné ce matin, à savoir qu'il travaillait pour des membres de la famille et qu'il n'était pas payé pour ce travail, et qu'il travaille pour des voisins sans être payé, n'est pas exact, à mon avis.

Le juge saisi de la motion a conclu que M. Trevors était sous-employé et a refusé de modifier l'ordonnance en vigueur.

[12] L'al. 19(1)a) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* prévoit que le tribunal peut attribuer un revenu à un parent si celui-ci a choisi de ne pas travailler ou d'être sous-employé. Comme je l'ai indiqué, le juge saisi de la motion a conclu que M. Trevors avait choisi d'être sous-employé. Je ne modifierais pas cette conclusion. J'ai toutefois des réserves quant à la méthode qu'il a utilisée pour déterminer le montant de la pension alimentaire à payer. Le juge saisi de la motion a conclu que M. Trevors n'avait pas fourni une documentation suffisante pour le calcul de la pension alimentaire au profit de l'enfant.

[13] En l'espèce, le juge saisi de la motion n'a pas cru que l'avis de cotisation et les talons d'assurance-emploi de M. Trevors pour 2009 suffisaient pour calculer le revenu. Toutefois, il disposait d'éléments de preuve indiquant que M. Trevors était loin de gagner 55 000 \$ et que le revenu gagné en 2008 était exceptionnel.

[14] Le par. 17(1) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* prescrit ce qui suit :

Pattern of income

17. (1) If the court is of the opinion that the determination of a spouse's annual income under section 16 would not be the fairest determination of that income, the court may have regard to the spouse's income over the last three years and determine an amount that is fair and reasonable in light of any pattern of income, fluctuation in income or receipt of a non-recurring amount during those years.

Tendance du revenu

17. (1) S'il est d'avis que la détermination du revenu annuel de l'époux en application de l'article 16 ne correspond pas à la détermination la plus équitable, le tribunal peut, compte tenu du revenu de l'époux pour les trois dernières années, déterminer une somme équitable et raisonnable en fonction de toute tendance ou fluctuation du revenu au cours de cette période ou de toute somme non récurrente reçue au cours de celle-ci.

[15] En conséquence, dans les situations où il serait inéquitable de déterminer le revenu annuel de quelqu'un conformément à l'art. 16 des *Lignes directrices*, la Cour peut utiliser son revenu des trois dernières années pour déterminer un montant qui soit équitable et raisonnable. Il aurait peut-être fallu plaider en faveur de cette idée devant le juge qui a rendu l'ordonnance du 18 avril 2008. En l'espèce, il est inapproprié d'appliquer l'art. 17 pour déterminer le revenu de M. Trevors, puisque le juge a conclu qu'il avait choisi d'être sous-employé et lui a attribué un revenu de 55 000 \$, celui qu'il a gagné en 2008. Aux termes de l'art. 17 des *Lignes directrices*, les montants qui auraient été utilisés pour déterminer le revenu sont les suivants : 2009 : 16 500 \$; de juin 2007 à mai 2008 : 55 568; de juin 2006 à mai 2007 : 36 944 \$; cela donne une moyenne de 36 337 \$. Je ne crois pas que cela donne une idée équitable du revenu annuel de M. Trevors. Puisque le dossier contient tous les renseignements pertinents, je vais effectuer les calculs nécessaires pour en arriver à la décision qui aurait dû être rendue en première instance. Afin de déterminer un montant qui soit équitable et raisonnable à partir des revenus passés de M. Trevors, j'inclurais aussi le montant qu'il a gagné pendant l'année allant de juin 2005 à mai 2006 (14 697 \$). Cela donne une moyenne de 30 927,25 \$ par année et une pension alimentaire de 271 \$ par mois à payer pour un enfant. Je déciderais de rendre ce montant rétroactif au 29 octobre 2009, date où

M. Trevors a déposé l'avis de motion sollicitant la modification de la pension alimentaire de l'enfant et la modification rétroactive de l'arriéré.

B. *Annulation de l'ordonnance d'incarcération*

[16] Le juge saisi de la motion a ordonné, dans sa décision du 6 janvier 2009, que l'administrateur de la Cour prépare les documents nécessaires pour faire incarcérer M. Trevors pendant une période de 10 jours s'il ne faisait pas ses paiements alimentaires réguliers au profit de l'enfant conformément à l'ordonnance du 18 avril 2008. Il était ordonné que cette mesure soit en vigueur de façon permanente, jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance.

[17] Un examen de la *Loi sur l'exécution des ordonnances de soutien*, L.N.-B. 2005, ch. S-15.5, révèle que le par. 35(1) autorise l'emprisonnement d'un payeur. Les par. 35(1), (2) et (3) prévoient ce qui suit :

Imprisonment of payer

35(1) If the court is satisfied that all other practicable means that are available under this Act for enforcing a support order have been considered, the court may

(a) order imprisonment of the payer until the default is remedied, or

(b) impose a fine on the payer of not more than \$500.

35(2) An order for imprisonment under paragraph (1)(a)

(a) may be made conditional upon default in the performance of a condition set out in the order,

(b) may be ordered to be served intermittently, and

Emprisonnement du payeur

35(1) Si la cour est convaincue que toutes les autres mesures utiles qui sont disponibles en vertu de la présente loi pour exécuter une ordonnance de soutien ont été étudiées, elle peut, selon le cas :

a) ordonner l'emprisonnement du payeur jusqu'à ce qu'il soit remédié au défaut;

b) imposer une amende au payeur d'au plus 500 \$.

35(2) L'ordonnance d'emprisonnement en vertu de l'alinéa (1)a) :

a) peut être assujettie au défaut d'observation d'une condition prévue dans l'ordonnance;

b) peut prévoir une peine purgée de façon intermittente;

(c) shall not be for a period longer than 90 days, notwithstanding that the default has not been remedied.

c) est d'une période d'au plus quatre-vingt dix jours, même s'il n'a pas été remédié au défaut.

35(3) Imprisonment of a payer under this section does not discharge arrears owing under a support order.

35(3) L'emprisonnement d'un payeur en vertu du présent article ne le libère pas des arriérés sur le soutien à verser en vertu de l'ordonnance de soutien.

[18] Puisque l'al. 35(2)c) prescrit que l'ordonnance d'emprisonnement est d'une période d'au plus 90 jours, même s'il n'a pas été remédié au défaut, je ne suis pas convaincu que cette disposition permette de maintenir la possibilité d'une incarcération pendant une période indéfinie sans qu'ait d'abord eu lieu une audience de justification où le payeur pourrait expliquer la raison de son défaut de paiement. Quoiqu'il en soit, cette question n'a pas été plaidée devant nous, et puisque nous accueillons l'appel de M. Trevors, l'ordonnance du 1^{er} avril 2010 est annulée, y compris la partie qui concerne l'incarcération éventuelle. Il n'est donc pas nécessaire d'aborder cette question, qu'il vaut mieux remettre à une autre occasion.

VI. Dispositif

[19] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel sans dépens et j'annulerais l'ordonnance du 1^{er} avril 2010. J'ordonnerais que les paiements alimentaires au profit de l'enfant soient fixés à 271 \$ par mois, rétroactivement au 29 octobre 2009. Comme la question du paiement de 200 \$ par mois au titre de l'arriéré n'a pas été soulevée devant nous par M. Trevors, j'ordonnerais que ces paiements se poursuivent. Puisque l'ordonnance de 1^{er} avril 2010 est annulée, l'ordonnance concernant l'incarcération éventuelle est également annulée.