

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

54-11-CA

PAUL MURRAY BROWN

(Applicant) APPELLANT

- and -

MEGAN LOUISE BROWN

(Respondent) RESPONDENT

Brown v. Brown, 2012 NBCA 11

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
March 17, 2011

History of case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 92 (Unreported)

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal
[2011] N.B.J. No. 169 (QL)
2010 NBCA 5
[2009] N.B.J. No. 222 (QL)

Appeal heard:
September 14, 2011

Judgment rendered:
February 16, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Bell

PAUL MURRAY BROWN

(Requérant) APPELANT

- et -

MEGAN LOUISE BROWN

(Intimée) INTIMÉE

Brown c. Brown, 2012 NBCA 11

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 17 mars 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 92 (Inédite)

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel
[2011] A.N.-B. n° 169 (QL)
2010 NBCA 5
[2009] A.N.-B. n° 222 (QL)

Appel entendu :
Le 14 septembre 2011

Jugement rendu :
Le 16 février 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Bell

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Paul Murray Brown appeared in person

Pour l'appellant:
Paul Murray Brown a comparu en personne

For the respondent:
W.S. Reid Chedore

Pour l'intimée :
W.S. Reid Chedore

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed in part. The appellant's arrears are reduced to \$4,138.04. There will be no order of costs.

Accueille l'appel en partie. L'arriéré alimentaire de l'appellant est réduit et passe à 4 138,04 \$. Ni l'une ni l'autre partie n'est condamnée aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] Mr. and Ms. Brown were married on June 23, 1972, in Saint John, N.B. They separated on March 26, 2001, and were divorced on December 6, 2005. They have two children, Taylor Reid Brown, born on November 3, 1984, and Hilary Paige Brown, born on June 19, 1990.

[2] Mr. Brown's employer terminated his employment in October, 2001 and provided him with severance benefits amounting to \$338,000.00. Those benefits terminated a year later on October 27, 2002. During his notice period Mr. Brown commenced a consulting business. On December 4, 2002 the parties entered into a domestic contract which provided, among other things, that Mr. Brown would pay spousal support of \$2,360.00 per month and child support of \$940.00 per month based upon anticipated income of \$125,000.00. Both child and spousal support could be varied in the event of a material change in circumstances.

[3] Mr. Brown's consulting business performed reasonably well during the first year of operation. The motion judge concluded that Mr. Brown earned \$108,088.00 in 2003. Thereafter, his business can be described as a financial failure, which led to his eventual bankruptcy. In October, 2007, he commenced employment with IBM Canada, earning \$130,700.00 per annum. In a motion heard in the Court of Queen's Bench, Family Division on March 9, 2009, Mr. Brown contended he experienced a material change in circumstances since entering into the domestic contract and requested a reduction in spousal and child support arrears. He also claimed that effective June, 2007, Hilary was residing with him. Child support payments, he argued, should therefore be discontinued effective that date.

A. *The first decision in the Court of Queen's Bench*

[4] In an unreported decision rendered March 27, 2009 the motion judge concluded Hilary resided with Mr. Brown from June, 2007 to August, 2008. As a result, Mr. Brown's outstanding child support payments were reduced by \$14,100.00 (\$940.00 per month, for 15 months). In that same decision, the motion judge rejected Mr. Brown's contention there was a material change in circumstances and refused to reduce the support payable to Ms. Brown. The Court ordered Mr. Brown pay arrears of \$118,865.00.

B. *The first decision of the Court of Appeal*

[5] Mr. Brown appealed the March 27, 2009, decision to this Court, essentially raising two issues. First, he claimed the evidence on the motion demonstrated that Hilary was residing with him from June, 2007, to the date of the motion hearing, namely, March 9, 2009, and that his child support obligations should have been reduced accordingly. On that issue, Robertson J.A., for a unanimous court, in *Brown v. Brown* 2010 NBCA 5, 353 N.B.R. (2d) 323 concluded as follows:

The first ground of appeal relates to the motion judge's factual finding that Mr. Brown's daughter was presently residing with her mother, Ms. Brown. I have not been persuaded that the motion judge made a palpable and overriding error in coming to that factual determination.

[para. 46]

[6] Second, Mr. Brown claimed the motion judge erred in narrowly framing the issue with respect to spousal support arrears. Essentially, the motion judge concluded the only issue before him was whether Mr. Brown's support obligations should be reduced or eliminated because of Ms. Brown's tardiness in pursuing enforcement measures. Mr. Brown argued that other issues, most notably a material change in his circumstances from 2004 to 2007 should have been considered by the motion judge. This court agreed. Robertson J.A. wrote:

Applying the legal framework outlined above, hindsight tells us the motion judge should have asked whether the evidence presented by Mr. Brown established a material change in circumstances tied to the period of retroactivity.

[para. 47]

The matter was then remitted to the motion judge for a hearing and determination in accordance with this Court's reasons for judgment.

C. *The second decision of the Court of Queen's Bench*

[7] At the re-hearing of the matter before the motion judge on September 17, 2010, Mr. Brown contended: (i) there was a material change in his circumstances, (ii) a change in Ms. Brown's circumstances and (iii) that the motion judge erred in his earlier conclusion that Hilary was living full-time with Ms. Brown after August, 2008. In a decision reported at 2011 NBQB 92, 369 N.B.R. (2d) 228 the motion judge concluded he had no jurisdiction to revisit the issue of Hilary's living accommodations before March 9, 2009. As for Mr. Brown's contention that Ms. Brown's circumstances had changed, the motion judge concluded that, although Ms. Brown's income had increased since the execution of the domestic contract, the increase was not "sufficiently significant" to lead to a variation of support.

[8] With respect to Mr. Brown's income, the motion judge concluded there was no change in circumstances in 2004, but there was a change in 2005, 2006 and 2007. Child and spousal support payments were reduced accordingly. In assessing the extent of Mr. Brown's change in circumstances or lack thereof, the motion judge included corporate income in 2004, disregarded corporate income/losses from 2005 to 2007 and included Mr. Brown's collapsed Registered Retirement Saving Plans (RRSPs) into income for each of 2004, 2005, 2006 and 2007. It is important to note those collapsed RRSPs constituted part of the division of marital property between Mr. and Ms. Brown at the time of the divorce.

II. Issues

[9] Mr. Brown contends the trial judge erred as follows:

1. Concluding he lacked jurisdiction to address the issue of Hilary's residence;
2. Adding corporate profits to his personal income for support purposes in 2004 but refusing to take corporate losses into consideration in later years;
3. Adding Mr. Brown's collapsed RRSPs to his personal income for support purposes when they constituted redemption of his capital obtained through the division of marital property.
4. Failing to take into consideration Ms. Brown's changed circumstances.

III. Analysis

A. *Hilary's Place of Residence and Ms. Brown's changed circumstances (Grounds of Appeal 1 and 4)*

[10] The motion judge and this Court have already dealt with the matter of Hilary's residence up to March 9, 2009. The motion judge was correct when he concluded this Court did not interfere with his first decision in that regard. If Mr. Brown wishes to bring a motion contending a change in circumstances regarding Hilary's residence after March 9, 2009, he is free to do so. However, for the period up to that date, the courts have already spoken and the matter is *functus*. I would dismiss this ground of appeal.

[11] With respect to Ms. Brown's circumstances, Mr. Brown contends the motion judge applied an incorrect test when he said "I consider the issue before me is Mr. Brown's income and not Ms. Brown's income". Certainly, Mr. Brown is correct if the motion judge failed to consider the means and needs of Ms. Brown in assessing whether there was a material change in circumstances. However, a complete reading of the decision, within context, demonstrates the motion judge did consider Ms. Brown's circumstances. At paragraph 34, he observed that any motion for a variation based upon Ms. Brown's income alone would not have been successful. He also concluded that "her financial improvement over the years is not sufficiently significant" to justify a variation. In reaching these conclusions, the motion judge considered Ms. Brown's standard of living during the course of the marriage, the terms of the domestic contract and her income from 2004 to 2009. The motion judge's consideration and application of those factors demonstrates no error of law, nor any palpable and overriding factual error. I would therefore dismiss this ground of appeal.

B. *Corporate Profits/Losses and RRSP Income (Grounds of Appeal 2 and 3)*

[12] There is considerable jurisprudence which supports the notion that the corporate veil may be pierced for purposes of determining marital property and support payment issues (*Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300; *B.S. v. L.S.*, 2011 NBCA 7, 368 N.B.R. (2d) 281; *MacDougall v. Boivin*, 2004 NBQB 48, [2004] N.B.J. No. 24 (QL)). Mr. Brown contends the motion judge erred in his analysis by including corporate income in 2004 but disregarding corporate losses in other years. With respect, based upon the evidence before the motion judge, I disagree. Mr. Brown was the controlling shareholder in his corporation. In 2004 he chose to leave a portion of the profits in the company rather than declare dividends to himself. The motion judge correctly concluded the undistributed corporate income should be taken into consideration for purposes of child and spousal support. As for the ensuing years, there was no evidence before the motion judge that Mr. Brown used personal resources to maintain the corporation's liquidity. In the event he had done so with the intent of returning the company to profitability in order to meet his spousal and child support

obligations, Mr. Brown's argument that corporate losses should be taken into account may have some merit. Absent such evidence, I would not interfere with the motion judge's conclusion in this regard.

[13] Mr. Brown contends the motion judge also erred by including the collapsed RRSPs in his income. Mr. Brown says he cashed those amounts to support himself and his daughter during difficult financial times. Had he not experienced financial difficulty, he would have retained those RRSP accounts as capital upon which to retire. Furthermore, he says he obtained those RRSPs as part of the settlement with respect to the division of marital property and to now include them as income constitutes double recovery for Ms. Brown. Ms. Brown does not challenge Mr. Brown's assertion the marital assets were divided equally at the time of the divorce.

[14] In *Boston v. Boston*, 2001 SCC 43, [2001] 2 S.C.R. 413, Major J., for the majority, described the "double recovery problem" as it relates to pensions and pension income in this way:

The term "double recovery" is used to describe the situation where a pension, once equalized as property, is also treated as income from which the pension-holding spouse (here the husband) must make spousal support payments. Expressed another way, upon marriage dissolution the payee spouse (here the wife) receives assets and an equalization payment that take into account the capital value of the husband's future pension income. If she later shares in the pension income as spousal support when the pension is in pay after the husband has retired, the wife can be said to be recovering twice from the pension: first at the time of the equalization of assets and again as support from the pension income. [para. 34]

[15] The Court's answer to the dilemma is found in the following excerpt:

It would be inequitable in this case to allow the wife to reap the benefit of the pension first on the division of assets and again as a source of income. The wife received capital assets on equalization which she is saving and

accumulating presumably for her beneficiaries. By contrast, the husband's only tangible asset, his pension, is diminishing. [para. 75]

[16] This Court, in *Chamberlain v. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 N.B.R. (2d) 309, acknowledged the general rule in *Boston v. Boston* that courts should avoid double recovery. That is, income generated from marital property which has already been divided should not be brought into income for purposes of determining the amount of support payable to a payee spouse. For reasons which are not relevant to the present analysis, the payee spouse in *Chamberlain* successfully rebutted that general proposition.

[17] Given the facts of this case, I would question whether the analyses found in *Boston* and *Chamberlain* have any application. In each of those cases, the payor spouse sought to reduce support payments upon accessing the income stream available from his pension. Mr. Brown never accessed an income stream from a pension. He simply cashed in the capital he received in a marital property settlement, the fairness of which is not disputed.

[18] Interestingly, the motion judge concluded the RRSPs should be included in Mr. Brown's income for support purposes because they were not divided equally at the time of division. Respectfully, how one party chooses to take his or her share of the marital assets is of no moment. In the event the payor spouse chooses to take all of the RRSPs and other pension assets and the payee spouse chooses to take the marital home and other non-income producing assets, the rules with respect to access to income from previously divided assets should not change. To hold otherwise would encourage ignoble tactics at the time of negotiating marital dispute settlements. For example, a payee spouse might insist on taking only non-income producing assets with the expectation that he or she might later acquire a part of the payor spouse's division through adjusted support payments.

[19] Given these observations, I am of the view the collapsed RRSPs should not have been taken into income for purposes of calculating spousal or child support and

would allow the appeal in this regard. As a result of all of the above, it is necessary to exclude Mr. Brown's RRSP income from his income for the years 2004 to 2007 and then determine whether there existed a material change in circumstances for each of those years. Rather than refer this matter once again to the Court of Queen's Bench, I have, employing the other factual findings made by the trial judge, calculated the income available for support purposes for each of the years in question.

2004

Line 150 Income	\$ 40,459.00
RRSP Income	<23,633.00>
Total Income for Support Calculation	\$16,826.00

2005

Line 150 Income	\$94,043.00
RRSP Income	<32,267.00>
Total Income for Support Calculation	\$61,776.00

2006

Line 150 Income	\$ 34,065.00
RRSP Income	<19,462.00>
Total Income for Support Calculation	\$14,603.00

2007

Line 150 Income	\$57,216.00
RRSP Income	<24,763.00>
Total Income for Support Calculation	\$32,453.00

[20]

I am satisfied those levels of income demonstrate a material change in circumstances for Mr. Brown and would reduce his spousal and child support arrears accordingly. I am of the view the proper method of calculating Mr. Brown's obligations in light of these adjustments is to apply the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, and to determine the spousal support obligations under the *Spousal Support*

Advisory Guidelines. I would also note that in 2004 and 2006, Ms. Brown's reported income exceeded Mr. Brown's, hence no spousal support would be owed by Mr. Brown in those years. I have therefore calculated Mr. Brown's support obligations as follows:

Year	Mr. Brown's Income	Ms. Brown's Income	Child Support (per month)	Spousal Support (per month)	Total Amount Support Obligation
2004	\$16,826.00	\$25,972.26	\$143.30	0	\$1,719.60
2005	\$61,776.00	\$34,919.76	\$535.83	\$116.00	\$7,821.96
2006	\$14,603.00	\$21,077.24	\$114.28	0	\$1,371.96
2007	\$32,453.00	\$23,832.99	\$283.76	0	\$3,405.12
				TOTAL	\$14,318.04

[21] In 2008 Mr. Brown earned \$131,858.00. There is no indication on the record that this income is derived from collapsed RRSPs. Therefore, this Court owes deference to the motion judge's finding that the contracted amount of child and spousal support is appropriate for the period from January 1, 2008 to October 1, 2008, namely, \$29,700.00.

[22] I would therefore calculate Mr. Brown's total support obligation for the period in arrears, given his changed circumstances, to be \$44,018.04 (\$14,318.04 + \$29,700.00). During this period of arrears, Mr. Brown made some support payments: \$11,800.00 in 2004 and \$28,080.00 in 2005. These payments of \$39,880.00 must be deducted from the amount otherwise due, to arrive at a final arrears amount of \$4,138.04 (\$44,018.04 - \$39,880.00).

V. Disposition and Costs

[23] The appeal is allowed in part. The appeal is dismissed with respect to the motion judge's order regarding Hilary's residence, Ms. Brown's circumstances and the treatment of corporate losses. The appeal is allowed with respect to the treatment of income from collapsed RRSPs. The support arrears owed by Mr. Brown are reduced to

\$4,138.04. With respect to costs, I would note that success is divided. In the circumstances I would make no order of costs.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] M. et M^{me} Brown se sont mariés le 23 juin 1972, à Saint John (N.-B.). Ils se sont séparés le 26 mars 2001 et ont obtenu un divorce le 6 décembre 2005. Ils ont deux enfants, Taylor Reid Brown, né le 3 novembre 1984, et Hilary Paige Brown, née le 19 juin 1990.

[2] M. Brown a été licencié par son employeur en octobre 2001 et il a touché des prestations de départ de 338 000 \$ au total. Ces prestations ont pris fin un an plus tard, le 27 octobre 2002. Pendant la période de préavis, M. Brown a lancé une société de conseils. Le 4 décembre 2002, les parties ont conclu un contrat domestique qui stipulait, entre autres choses, que M. Brown verserait une pension alimentaire de 2 360 \$ par mois au profit de son épouse et une pension de 940 \$ par mois au profit de sa fille, d'après un revenu escompté de 125 000 \$. Les aliments de l'enfant et de l'épouse pouvaient être modifiés en cas de changement important de situation.

[3] La société de conseils de M. Brown a connu une assez bonne première année. Le juge saisi de la motion a conclu que M. Brown avait gagné 108 088 \$ en 2003. Il est cependant permis de qualifier la suite de l'entreprise d'échec financier, échec qui a d'ailleurs mené à la faillite de M. Brown. En octobre 2007, il a commencé à travailler pour IBM Canada. Son salaire était de 130 700 \$ par année. M. Brown a saisi la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine d'une motion que la Cour a entendue le 9 mars 2009. Il a soutenu qu'il avait connu un changement de situation important depuis la passation du contrat domestique et il a demandé une réduction de l'arriéré des aliments de l'épouse et de l'enfant. Il a aussi avancé que Hilary résidait avec lui depuis juin 2007 et que, de ce fait, les aliments de l'enfant devait prendre fin à cette date.

A. *La première décision de la Cour du Banc de la Reine*

[4] Dans une décision non publiée rendue le 27 mars 2009, le juge saisi de la motion a conclu que Hilary avait résidé avec M. Brown de juin 2007 à août 2008. En conséquence, il a réduit l'arriéré alimentaire de 14 100 \$ (940 \$ par mois, quinze mois). Dans la même décision, le juge a écarté l'argument de changement important de situation avancé par M. Brown, et refusé de réduire la pension alimentaire à verser à M^{me} Brown. L'ordonnance de la Cour fixait l'arriéré alimentaire de M. Brown à 118 865 \$.

B. *Le premier arrêt de la Cour d'appel*

[5] M. Brown a appelé de la décision du 27 mars 2009 auprès de notre Cour. L'appel soulevait essentiellement deux questions. Premièrement, M. Brown avançait que la preuve présentée à l'appui de sa motion établissait que Hilary avait résidé avec lui de juin 2007 à la date de l'audition de la motion, soit le 9 mars 2009, et qu'une réduction correspondante de l'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant s'imposait. Sur ce point, le juge d'appel Robertson, auteur des motifs d'une Cour unanime dans *Brown c. Brown*, 2010 NBCA 5, 353 R.N.-B. (2^e) 323, a conclu ce qui suit :

Le premier moyen d'appel porte sur une conclusion de fait du juge saisi de la motion, conclusion selon laquelle la fille de M. Brown résidait à l'époque avec sa mère, M^{me} Brown. On ne m'a pas convaincu qu'une erreur manifeste et dominante avait conduit le juge à conclure à ce fait.

[Par. 46]

[6] Deuxièmement, M. Brown a avancé que le juge saisi de la motion avait commis une erreur, en ce qui concerne l'arriéré des aliments de l'épouse, lorsqu'il avait ramené le débat à une unique question. Le juge avait essentiellement conclu que la seule question à trancher était celle de savoir s'il fallait réduire ou éliminer l'arriéré alimentaire de M. Brown parce que M^{me} Brown avait tardé à demander des mesures d'exécution. M. Brown a soutenu qu'il incombait au juge de s'arrêter à d'autres questions, notamment

à celle des changements importants de situation qu'il avait connus de 2004 à 2007. Notre Cour en a convenu. Le juge d'appel Robertson a écrit ce qui suit :

Si l'on se reporte au cadre juridique défini précédemment, il apparaît avec le recul que le juge saisi de la motion aurait dû se demander si la preuve présentée par M. Brown établissait qu'un changement important de situation était survenu pendant la période de rétroactivité.

[Par. 47]

L'affaire a été renvoyée au juge saisi de la motion, qui devait entendre les parties et trancher en conformité avec les motifs de notre Cour.

C. *La seconde décision de la Cour du Banc de la Reine*

[7] Lors de la réaudition de l'affaire, le 17 septembre 2010, M. Brown a avancé les arguments suivants : (i) sa situation avait connu un changement important; (ii) la situation de M^mc Brown avait changé; (iii) le juge saisi de la motion avait fait erreur lorsqu'il avait conclu précédemment que Hilary, après août 2008, avait exclusivement vécu avec M^mc Brown. Dans sa décision (2011 NBBR 92, 369 R.N.-B. (2^e) 228), le juge saisi de la motion a conclu qu'il n'avait pas compétence pour revenir sur la question du lieu où Hilary avait résidé avant le 9 mars 2009. Pour ce qui est du changement de situation qu'avait censément connu M^mc Brown, il a conclu que, malgré que le revenu de l'épouse eût augmenté depuis l'exécution du contrat domestique, cette augmentation n'était pas [TRADUCTION] « suffisamment importante » pour amener une modification de la pension alimentaire.

[8] Le juge saisi de la motion a conclu que la situation de M. Brown, sur le plan de son revenu, n'avait pas changé en 2004, mais qu'elle avait changé en 2005, en 2006 et en 2007. Les pensions alimentaires de l'épouse et de l'enfant ont été réduites en conséquence. Pour évaluer l'ampleur du changement de situation de M. Brown, ou en constater l'absence, le juge a tenu compte du revenu d'entreprise de 2004, exclu les revenus et les pertes d'entreprise de 2005 à 2007, et pris en considération les sommes

obtenues par la fermeture de régimes enregistrés d'épargne-retraite (REER) de M. Brown en 2004, en 2005, en 2006 et en 2007. Il est à noter que les REER fermés faisaient partie des biens matrimoniaux répartis entre M. et M^{me} Brown à l'époque du divorce.

II. Questions en litige

[9] M. Brown soutient que les erreurs suivantes ont été commises lors de la réaudition :

1. Le juge du procès a conclu qu'il n'avait pas compétence pour se pencher sur la question du lieu de résidence de Hilary.
2. Le juge du procès a ajouté les bénéfices d'entreprise au revenu personnel de M. Brown pour la réévaluation de son obligation alimentaire, en 2004, mais il a refusé de prendre en compte les pertes d'entreprise des années suivantes.
3. Le juge du procès a ajouté au revenu personnel de M. Brown, pour la réévaluation de son obligation alimentaire, les sommes obtenues par la fermeture de REER, alors que ces sommes provenaient du rachat d'un capital acquis par répartition des biens matrimoniaux.
4. Le juge du procès n'a pas tenu compte du changement de situation de M^{me} Brown.

III. Analyse

A. *Lieu de résidence de Hilary et changement de situation de M^{me} Brown (moyens d'appel 1 et 4)*

[10] Le juge saisi de la motion et notre Cour ont déjà statué sur la question du lieu où résidait Hilary jusqu'au 9 mars 2009. Le juge a constaté, avec raison, que notre Cour n'avait pas infirmé sa première décision sur ce point. Il est loisible à M. Brown, s'il le souhaite, de présenter une motion où il fera valoir qu'un changement de situation est survenu, quant au lieu de résidence de Hilary, après le 9 mars 2009. Cependant, pour la période qui précède cette date, les tribunaux se sont prononcés et se sont acquittés de leur fonction. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

[11] Pour ce qui est de la situation de M^{me} Brown, M. Brown soutient que les propos suivants du juge indiquent qu'il a appliqué un critère erroné : [TRADUCTION] « J'estime que la question dont je suis saisi est celle du revenu de M. Brown, et non celle du revenu de M^{me} Brown. » M. Brown aurait certainement raison d'y voir une erreur, s'il s'avérait que le juge saisi de la motion n'avait pas tenu compte des ressources et des besoins de M^{me} Brown pour déterminer s'il y avait eu changement important de situation. Or, il apparaît, à lire la décision en entier et en contexte, que le juge a bel et bien tenu compte de la situation de M^{me} Brown. Au par. 34, il a signalé qu'une motion en modification qui se serait appuyée sur le seul revenu de M^{me} Brown n'aurait pas été accueillie. Il a aussi conclu que [TRADUCTION] « l'amélioration de sa situation financière au fil des ans n'[était] pas suffisamment importante » pour justifier une modification. Il est arrivé à ces conclusions en tenant compte du niveau de vie de M^{me} Brown au cours du mariage, des clauses du contrat domestique et des revenus qu'elle avait eus de 2004 à 2009. L'examen et l'application de ces facteurs par le juge ne trahissent ni erreur de droit ni erreur de fait manifeste et dominante. Je suis donc d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Bénéfices et pertes d'entreprise, et revenu tiré de REER (moyens d'appel 2 et 3)*

[12] Une jurisprudence considérable indique qu'il est permis de lever le voile de la personnalité morale pour la répartition des biens matrimoniaux et pour le calcul des pensions alimentaires (*Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300; *B.S. c. L.S.*, 2011 NBCA 7, 368 R.N.-B. (2^e) 281; *MacDougall c. Boivin*, 2004 NBBR 48, [2004] A.N.-B. n^o 24 (QL)). M. Brown soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur, lors de son analyse, du fait qu'il a inclus les bénéfices d'entreprise dans son revenu, en 2004, mais en a exclu les pertes d'entreprise les autres années. Vu la preuve dont le juge disposait, je ne crois pas qu'il ait fait erreur. M. Brown était l'actionnaire qui détenait le contrôle de sa société. En 2004, il a choisi de laisser à la compagnie une partie de ses profits, au lieu de se la verser en dividendes. Le juge a eu raison de conclure que les bénéfices non répartis de la société devaient être pris en compte pour l'établissement des pensions alimentaires de l'épouse et de l'enfant. Pour ce qui est des années suivantes, rien dans la preuve présentée au juge saisi de la motion n'indiquait que M. Brown avait puisé dans ses ressources personnelles pour renflouer la société. S'il avait puisé dans ses propres ressources dans l'intention de ramener la compagnie à la rentabilité, de façon à pouvoir s'acquitter de ses obligations alimentaires envers l'épouse et l'enfant, l'argument de M. Brown voulant que les pertes d'entreprise doivent être prises en compte pourrait ne pas être sans fondement. À défaut de preuve en ce sens, je suis d'avis de ne pas infirmer la conclusion prononcée par le juge sur ce point.

[13] M. Brown soutient que le juge saisi de la motion a fait erreur, également, lorsqu'il a inclus dans son revenu les sommes tirées de la fermeture des REER. Il affirme avoir liquidé ces régimes dans le but de pourvoir à ses besoins et à ceux de sa fille en période de difficultés financières. Sans les difficultés qu'il a connues, il aurait conservé ces REER pour partie du capital qui servira à sa retraite. Il fait valoir en outre qu'ils les a obtenus dans le cadre du règlement amiable de la répartition des biens matrimoniaux et que les inclure aujourd'hui dans son revenu apporte une double indemnisation à M^{me} Brown. M^{me} Brown ne nie pas que les biens matrimoniaux ont été répartis à parts égales lors du divorce, comme le soutient M. Brown.

[14] Dans *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43, [2001] 2 R.C.S. 413, le juge Major, auteur des motifs de la majorité, a expliqué comment se présente le « problème de la double indemnisation » dans le cas des pensions de retraite et des revenus de pension de retraite :

L'expression « double indemnisation » sert à décrire le cas où une pension de retraite, qui a servi comme bien aux fins du calcul d'égalisation, est également considérée comme un revenu aux fins du paiement de la pension alimentaire par le conjoint participant (en l'espèce le mari). Autrement dit, à la dissolution du mariage le conjoint bénéficiaire (en l'espèce la femme) reçoit des biens ainsi qu'un paiement d'égalisation qui tiennent compte de la valeur en capital du revenu futur de pension du mari. Si la femme partage par la suite le revenu de pension de retraite à titre de pension alimentaire quand la pension de retraite est versée après que le mari a pris sa retraite, il est possible de dire qu'elle est indemnisée deux fois à partir de la pension de retraite : d'abord, au moment de l'égalisation des biens et ensuite à titre de pension alimentaire provenant du revenu de pension de retraite. [Par. 34]

[15] La solution de la Cour à cette difficulté est donnée dans le passage suivant de l'arrêt :

Il serait injuste en l'espèce d'autoriser la femme à tirer avantage de la pension de retraite une première fois au partage des biens et de nouveau comme une source de revenu. La femme a reçu des biens en capital à l'égalisation qu'elle épargne et accumule vraisemblablement pour ses ayants droit. Par contraste, le seul bien corporel du mari, sa pension de retraite, diminue. [Par. 75]

[16] Notre Cour, dans *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 R.N.-B. (2^e) 309, a indiqué qu'elle souscrivait à la règle générale énoncée dans *Boston c. Boston*, qui veut que les tribunaux évitent la double indemnisation. En d'autres termes, les revenus générés par des biens matrimoniaux déjà répartis ne doivent pas entrer dans le calcul du revenu pour la détermination du montant de la pension alimentaire du conjoint

bénéficiaire. Pour des raisons sans aucun rapport avec la présente analyse, la conjointe bénéficiaire, dans *Chamberlain*, a pu réfuter cet énoncé.

[17] Étant donné les faits de l'espèce, je doute que les analyses de *Boston* et de *Chamberlain* soient applicables. Dans chacun de ces arrêts, le conjoint débiteur cherchait à obtenir une réduction de la pension alimentaire après avoir accédé au flux de revenu que lui procurait sa pension de retraite. M. Brown n'a jamais accédé au flux de revenu d'une pension de retraite. Il a liquidé des placements qui lui avaient été attribués par suite du règlement amiable de la répartition des biens matrimoniaux, répartition dont l'équité n'est pas contestée.

[18] Il est intéressant de constater que le juge saisi de la motion a conclu que le produit de la liquidation des REER devait entrer dans le revenu de M. Brown, pour le calcul de l'obligation alimentaire, parce que les parties n'avaient pas reçu une part égale des REER lors de la répartition. Il me faut respectueusement faire remarquer que la forme sous laquelle une partie choisit de recevoir sa part des biens matrimoniaux importe peu. Les règles d'accès au revenu généré par des biens précédemment répartis ne doivent pas changer du seul fait que le conjoint débiteur opte pour la totalité des REER et des autres avoirs de retraite, tandis que le conjoint bénéficiaire opte pour le foyer matrimonial et pour d'autres avoirs non productifs de revenu. Une conclusion contraire inciterait à des procédés déloyaux lors de la négociation du règlement amiable de différends matrimoniaux. Par exemple, un conjoint bénéficiaire pourrait insister sur une répartition ne lui attribuant que des avoirs non productifs de revenu, escomptant s'arroger une part des biens attribués au conjoint débiteur par le biais d'un rajustement de la pension alimentaire.

[19] Vu ces observations, j'estime que le produit de la fermeture des REER n'aurait pas dû s'ajouter au revenu de M. Brown pour le calcul des aliments de l'épouse ou de l'enfant, et je suis d'avis d'accueillir l'appel sur ce point. Il s'ensuit de tout ce qui précède que le produit de la liquidation des REER de M. Brown doit être exclu de son revenu des années 2004 à 2007, et qu'il y a lieu de déterminer s'il y a eu changement de

situation important ces années-là. Au lieu de renvoyer encore une fois l'affaire à la Cour du Banc de la Reine, j'ai calculé, d'après les autres conclusions de fait du juge du procès, le revenu de M. Brown applicable au calcul des aliments pour chacune des années en question :

2004

Revenu de la ligne 150	40 459,00 \$
Produit de la liquidation de REER	<23 633,00>
Revenu total pour le calcul des aliments	16 826,00 \$

2005

Revenu de la ligne 150	94 043,00 \$
Produit de la liquidation de REER	<32 267,00>
Revenu total pour le calcul des aliments	61 776,00 \$

2006

Revenu de la ligne 150	34 065,00 \$
Produit de la liquidation de REER	<19 462,00>
Revenu total pour le calcul des aliments	14 603,00 \$

2007

Revenu de la ligne 150	57 216,00 \$
Produit de la liquidation de REER	<24 763,00>
Revenu total pour le calcul des aliments	32 453,00 \$

[20] Ces revenus me convainquent de changements de situation importants, et je suis d'avis d'accorder à M. Brown une réduction correspondante de l'arriéré des pensions alimentaires de l'épouse et de l'enfant. La méthode appropriée de calcul du montant des obligations de M. Brown, par suite de ces rajustements, me paraît être d'appliquer les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, et d'établir le montant des aliments de l'épouse par application des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*. Je signale que, en 2004 et en 2006, le revenu déclaré de M^{me} Brown s'est révélé supérieur à celui de M. Brown, de sorte qu'il n'est nullement redevable d'aliments à l'épouse ces années-là. Le calcul est le suivant :

Année	Revenu de M. Brown	Revenu de M ^{me} Brown	Aliments de l'enfant (par mois)	Aliments de l'épouse (par mois)	Total des obligations alimentaires
2004	16 826,00 \$	25 972,26 \$	143,30 \$	0	1 719,60 \$
2005	61 776,00 \$	34 919,76 \$	535,83 \$	116,00 \$	7 821,96 \$
2006	14 603,00 \$	21 077,24 \$	114,28 \$	0	1 371,96 \$
2007	32 453,00 \$	23 832,99 \$	283,76 \$	0	3 405,12 \$
TOTAL					14 318,04 \$

[21] En 2008, M. Brown a gagné 131 858 \$. Rien n'indique, au dossier, que ce revenu soit provenu de la fermeture de REER. Notre Cour est donc tenue de faire preuve de déférence envers le juge saisi de la motion, qui a conclu que le montant prévu au contrat pour les aliments de l'épouse et de l'enfant, soit 29 700 \$, était approprié pour la période du 1^{er} janvier au 1^{er} octobre 2008.

[22] Je calcule donc que le total de l'arriéré alimentaire de M. Brown, compte tenu de ses changements de situation, est de 44 018,04 \$ (14 318,04 \$ + 29 700 \$). Au cours de la période correspondante, M. Brown a versé certaines sommes au titre des aliments : 11 800 \$ en 2004, 28 080 \$ en 2005. Il y a lieu de soustraire ces 39 880 \$ de l'arriéré exigible, d'où un solde de 4 138,04 \$ (44 018,04 \$ - 39 880 \$).

V. Dispositif et dépens

[23] Notre Cour accueille l'appel en partie. L'appel interjeté de l'ordonnance du juge est rejeté en ce qui concerne le lieu de résidence de Hilary, l'évaluation de la situation de M^{me} Brown et le traitement des pertes d'entreprise. La contestation du traitement du revenu que M. Brown a obtenu par la fermeture de REER est accueillie. L'arriéré alimentaire de M. Brown passe à 4 138,04 \$. Au chapitre des dépens, je constate que M. et M^{me} Brown ont partiellement gain de cause. Dans les circonstances, ni l'un ni l'autre n'est condamné aux dépens.