COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

126-12-CA

DAVID ALEXANDER McNEIL

APPELLANT

- and –

KELLY MARGARET McNEIL

RESPONDENT

McNeil v. McNeil, 2013 NBCA 65

CORAM:
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
August 27, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
2012 NBQB 268

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 11, 2013

Judgment rendered:
November 21, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

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

DAVID ALEXANDER McNEIL

APPELANT

- et -

KELLY MARGARET McNEIL

INTIMÉE

McNeil c. McNeil, 2013 NBCA 65

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

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 27 août 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2012 NBBR 268

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 11 septembre 2013

Jugement rendu :
Le 21 novembre 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Grant M. Ogilvie and
Jennifer Hanson

For the respondent:
Allison Whitehead, Q.C.

THE COURT

The appeal is allowed. The decision below is varied by deleting, from the appellant's 2005 annual income, the capital gain of $1,383,750. Consequently, for purposes of determining retroactive child support, the appellant's income for 2005 is fixed at $302,513. Having regard to the appellant's failure to disclose fully his income for the years in question and his failure to raise the issue of the capital gain with the motion judge, the appellant is not entitled to costs on the appeal.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Grant M. Ogilvie et
Jennifer Hanson

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

LA COUR

Accueille l'appel et modifie le jugement du tribunal d'instance inférieure en retranchant du revenu annuel de l'appelant, pour 2005, le gain en capital de 1 383 750 $. En conséquence, pour le calcul de la pension alimentaire rétroactive à verser au profit des enfants, le revenu de 2005 de l'appelant est fixé à 302 513 $. Vu le défaut de l'appelant de communiquer en entier son revenu des années en question et de soulever la question du gain en capital devant la juge saisie de la motion, il n'a pas droit aux dépens de l'appel.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

[1] Having regard to the appellant father's blatant failure to disclose all sources of income for the years 2005 to 2010 inclusive, the motion judge granted the respondent mother's motion for retroactive child support. The arrears totaled $232,604. Of that amount, $195,120 is attributable to the arrears for 2005. Correlatively, much of that amount is attributable to an undisclosed capital gain of $1,383,750 arising from the exercise of employee stock options. This appeal raises a question of law not put to the motion judge: whether that capital gain should have been included in the father's 2005 income for purposes of determining child support. Having regard to the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, and the jurisprudence, the answer is "no". The general understanding is that such "non-recurring" gains are excluded from income. Indeed, as the law presently stands, even the ultimate gain realized on the subsequent disposition of the shares so acquired might not qualify as income for support purposes.

[2] The essential facts of this case are as follows. The parties were married in 1994 and have two children (born 1993 and 1996 respectively). They separated in 2001 and were divorced in 2004. The order for corollary relief provided for child support in the amount of $860 per month based on the father's accepted income of $66,000. On October 18, 2006, the parties consented to a variation. Child support was set at $2,368 per month. This amount was determined by averaging the father's income over the previous three years. The agreed figure was $187,251. However, in 2005, the father exercised employee stock options, thereby acquiring 56,250 shares, at 60 cents per share, with a market value of $25 per share. [As to whether unmatured stock options acquired from an employer during a marriage constitute "marital property", see *Miller v. Miller*, 2003 NBCA 37, 259 N.B.R. (2d) 132.] Apparently, the gain was reported in the father's Income Tax Return as a taxable capital gain of $1,383,750. The record does not reveal whether all or a portion of the gain was "deferrable" under the *Income Tax Act* then in force. Excluding the capital gain, the father's declared income for 2005 was $302,513.

[3] For 2005 and subsequent taxation years, the father did not provide the mother with a copy of his annual tax return. Instead, he provided her with a copy of his annual Notice of Assessment. In 2011, the mother filed a motion requesting that the father: (1) be found in contempt for failing to produce his 2009 Tax Return; (2) pay support based on his *Guideline* income; and (3) pay his share of educational expenses for one of the children. At the hearing held on July 14, 2012, it was agreed the father would pay monthly support of $2,303, based on an income of $181,563. However, once the motion judge became aware of the employee stock options that had been exercised in 2005, she adjourned the matter. Subsequently, the mother amended her motion to make an additional request for retroactive support. Before the scheduled hearing date, she retained a chartered accountant to conduct an audit of her former spouse's "actual income" for the years 2005 to 2010, inclusive. For each of the years in question, the father's declared income did not match his "actual" annual income.

[4] The motion judge accepted the accountant's evidence and declared that the father owed $232,604 in retroactive child support. Of that amount, $195,120 pertained largely to the 2005 capital gain. As well, arrears for 2011 and 2012 were assessed. This brought the total arrears to $242,722. It is also apparent the father sold some shares in 2006 and 2008. Apparently, the father also exercised stock options in 2009 and 2010. In any event, the mother's accountant included the income generated from any share disposition for the year in which the gain was actually realized. And, as noted earlier, the accountant's figures were used to calculate the arrears for 2005 to 2010 inclusive.

[5] The issue raised on this appeal is limited to the motion judge's decision to award retroactive support in regard to the 2005 taxation year and the "unrealized" capital gain of $1,383,750. The father's contention is that the motion judge erred in principle in awarding retroactive child support by including that amount as a source of income for that year. The argument and legal analysis begins with s. 16 of the *Guidelines*. That section provides that, subject to ss. 17 to 20, a spouse's annual income is to be determined using the sources of income set out under the heading "Total Income" in the T1 General form issued by the Canada Revenue Agency. That form includes income

arising as a capital gain. Pursuant to s. 17, the motion judge retains the discretion to consider an amount other than the amount determined in accordance with the T1 form. Section 17(1) reads:

| | |
|---|---|
| 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. | 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. |

[6] The father's argument is not complicated. He submits it is not fair to compute his 2005 income by adding the $1,383,750 capital gain to his otherwise disposable income of $302,513. The gain falls within the category of "a non-recurring amount" as provided for under s. 17(1) of the *Guidelines*. Moreover, while the motion judge retains the discretion to decide what amounts qualify as income, the gain does not equate with a true source of disposable income. Instead, the exercise of the stock option creates a potential tax liability which may or may not be deferred, depending on the provisions of the *Income Tax Act* in force at the time the option is exercised. Moreover, a strict application of the table amount leads to an award of child support equal to $214,488 ($17,874 per month) which equates to approximately 70% of the income which the father actually received in 2005. Not only is the father's fairness argument compelling, but it is also compatible with the jurisprudence. There are two relevant cases. Each can be dealt with handily.

[7] In *Arnold v. Washburn*, [2001] O.J. No. 4996 (C.A.) (QL), the respondent father was ordered to pay child support based on an income of $377,000. The order took effect on February 1, 2000, the date of the application. On appeal, the appellant mother sought to increase the monthly award to reflect in the respondent's full income for the

1999 taxation year. The total income included an additional $3.1 million realized on the disposition of shares in Nortel Inc., which shares had been acquired through stock options granted by the father's employer. Applying the *Guideline* tables, the total income would have produced a support award for two children of $37,000 per month. The mother had asked the trial judge to average the father's income over the three years, including those where the stocks were sold and to recognize that the respondent payor retained stock from which he would presumably profit in future years. The trial judge had exercised his discretion not to incorporate the $3.1 million into income on the basis of s. 17(1)(*c*) as it then read. His reasons for decision were reproduced by the Court of Appeal:

> The appropriate calculation of the respondent's "annual income" for the purposes of the Support Guidelines begins with section 16. Looking at the "total income" section of the respondent's 1999 T1 return for income tax yields a very large figure because of the inclusion of the appropriate portion of the proceeds of his 1999 sale of shares. Without that latter element, his income is comprised of his salary, a substantial bonus, and income from his investment portfolio. Because the amount of bonus varies and the investment yield will vary somewhat as well, I adopt $377,000 as an amount counsel for both parties were in essential agreement on as the respondent's "annual income" without direct inclusion of monies received from the sale of shares. I say "direct" inclusion because those monies are involved indirectly in that they produce the investment income element of the annual income.
>
> I do not think inclusion of part or all of proceeds of the sales of shares in 1993 or 1999 in the "annual income" would produce the fairest determination of the respondent's annual income from his employer, and I rely on my authority in paragraph 17(1)(c) of the Support Guidelines to exclude all of these amounts. They are large amounts, which do not form a pattern of "income" and otherwise skew in a major way what pattern does emerge. Moreover, the wealth from those sales contributes to the respondent's annual income through the yield from the investment portfolio. [para. 7]

[8] The Court of Appeal observed that there was no substantive difference between the old and new provisions of the *Guidelines* in that both give the judge the

discretion to exclude, in whole or part, a non-recurring amount when calculating a payor's annual income. The Court concluded:

> In the present case, the trial judge's decision to exclude the income from the sale of the shares from his determination of the respondent's annual income was an exercise of discretion that reveals no error in principle. He could have attributed the share income or some portion of it for Guideline purposes, but chose not to, observing that some of the investment income was derived from the proceeds of the share sales. [para. 9]

[9] In the present case, the appellant father maintains that his case is all the more compelling. In *Arnold v. Washburn* the Courts refused to factor in the $3.1 million profit realized on the disposition of shares, for purposes of determining child support, because of blatant unfairness. The appellant father insists that the unfairness is magnified in those cases where the shares acquired pursuant to an employee stock option plan have yet to be sold. While the acquisition of those shares has generated a paper gain, it has not generated further disposable income from which child support might be paid. Of course, to the extent that those shares generate investment income, that income is properly included in the father's annual income.

[10] The other decision cited in support of the exclusion of the unrealized capital gain from income is *Ewing v. Ewing*, 2009 ABCA 227, [2009] A.J. No. 712 (C.A.) (QL), leave to appeal to SCC refused, [2009] S.C.C.A. No. 386. This case has been favourably cited in several decisions throughout the country: *P.M.R. v. M.H.R.*, 2013 BCCA 378, [2013] B.C.J. No. 1846 (QL); *Vincent v. Vincent*, 2012 BCCA 186, [2012] B.C.J. No. 818 (QL), at para. 40; *DeWolfe v. McMillan*, 2011 NSSC 301, [2011] N.S.J. No. 418 (Fam. Div.) (QL), at para. 29; *Pollitt v. Pollitt*, 2010 ONSC 1617, [2010] O.J. No. 5905 (QL).

[11] In *Ewing v. Ewing*, in 2003, the parties agreed to vary child support such that the father would pay $6,000 per month, based on an annual income of $750,000. When the mother learned that the father's income for the 2002 to 2005 years had

exceeded $1 million, the mother applied for a retroactive variation. The father argued the increase in income resulted from non-recurring gains from the sale of business assets. The chambers judge averaged the father's income for 2005 through 2007 because the highest figure was "out of line" with the father's earnings in all other years. Next, the chambers judge awarded retroactive support and set the monthly obligation at $13,776. Next, he reduced the father's ongoing support obligation to $8,986 per month. The Court of Appeal did not fault the trial judge for averaging incomes because of the exceptional fluctuation in income caused by the non-recurring gains. However, the Court held that the chambers judge had erred in failing to consider whether the Table amount was "appropriate" having regard to s. 4 of the *Guidelines* and the Supreme Court's decision in *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, [1999] S.C.J. No. 52 (QL). Section 4 deals with the application of the table amounts in cases where the income of the payor exceeds $150,000. In such circumstances, the judge must set the appropriate amount of support having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children. Section 4 reads:

| | |
|---|---|
| 4. Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over $150,000, the amount of a child support order is | 4. Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 $, le montant de l'ordonnance est le suivant : |
| (*a*) the amount determined under section 3; or | *a*) le montant déterminé en application de l'article 3; |
| (*b*) if the court considers that amount to be inappropriate, | *b*) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué : |
| (i) in respect of the first $150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates; | (i) pour les premiers 150 000 $, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance, |
| (ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and | (ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière |

| | |
|---|---|
| the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and | de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire, |
| (iii) the amount, if any, determined under section 7. | (iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7. |

[12] In *Francis v. Baker*, the Supreme Court acknowledged that while the evidence must be clear and compelling that the table amount would be inappropriate, the entirety of the evidence need only be sufficient to "raise a concern" about the appropriateness of the table amount. The Court also recognized the difficulty a "payor" may have in collecting evidence that is in the hands of the "payee". In *Ewing v. Ewing*, the Court of Appeal held the chambers judged had erred in describing the onus placed on the father as "formidable" when the law holds that the evidence need only be sufficient to raise a "concern". The judge also erred in failing to examine the actual means, needs and circumstances of the children. Finally, the judge erred in failing to engage in any analysis about why the father's evidence failed to raise a concern that the Table amounts were inappropriate "considering that support is to be neither a functional wealth transfer to the other parent nor spousal support" (para. 55).

[13] In the present case, the motion judge was not asked to consider and apply s. 4 of the *Guidelines* and the Supreme Court's decision in *Francis v. Baker*. Most certainly, the father did not lead evidence regarding the needs of his children. Instead, he emphasized that the Table amount of child support, based on an income of $301,321, is $3,680 per month, a figure that climbs to $17,874 if his 2005 income is fixed at $1,686, 263, having regard to the $1.3 million capital gain. This evidence alone leads one to ask whether child support based on the Table amount is inappropriate in the sense that the amount leads to a functional transfer of wealth or further spousal support.

[14] Although no evidence was led with respect to the application of s. 4 of the *Guidelines* and the Supreme Court's decision in *Francis v. Baker*, the facts of the present case support the common sense understanding that the inclusion of the capital gain in calculating the father's 2005 income must surely exceed the needs of the children.

Correlatively, the inclusion would surely result in a transfer of wealth to the mother or provide her with additional lump sum spousal support. In any event, it is readily apparent that the inclusion of the $1.3 million capital gain in the father's income for 2005 would not be the fairest way of fixing his annual income in accordance with s. 17. The gain is a non-recurring amount that did not generate disposable income from which child support could be paid. This conclusion is not undermined by the mother's principal argument: the father is guilty of blameworthy conduct. Admittedly, the father's blatant failure to disclose all sources of income over the years in question has frustrated her attempts to ensure compliance with his obligation to pay child support in accordance with the *Guidelines*. However, that failure is not a valid basis for including the capital gain in the father's income. Even if the $1.3 million gain had been disclosed to the children's mother, the father would not have been obligated to include that amount in his 2005 income for purposes of determining child support. As for the father's failure to honour his disclosure obligations, it must be remembered that judges possess the discretion to award solicitor/client costs in cases where one of the parties is guilty of inexcusable conduct.

[15] I would allow the appeal and vary the decision below by deleting from the appellant's 2005 annual income the capital gain of $1,383,750. Consequently, for purposes of determining retroactive child support, the appellant's income for 2005 shall be fixed at $302,513. As the respondent did not cross-appeal the $5,000 award of costs on the motion, that award must stand. However, having regard to the appellant's failure to disclose fully his income for the years in question and his failure to raise the issue of the capital gain with the motion judge, I would not award the appellant costs on the appeal.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

[1] Vu le défaut patent du père appelant de communiquer à la mère intimée toutes ses sources de revenu des années 2005 à 2010 inclusivement, la juge saisie de la motion a accordé à la mère l'ordonnance alimentaire rétroactive qu'elle demandait au profit des enfants. Le total des arriérés était de 232 604 $; celui de 2005 représente une part de 195 120 $ du total. L'arriéré de 2005 est largement attribuable à un gain en capital non communiqué de 1 383 750 $, fruit de l'exercice d'options d'achat d'actions acquises par le père en tant qu'employé. Le présent appel soulève une question de droit qui n'a pas été soumise à la juge saisie de la motion : celle de savoir s'il faut inclure ce gain en capital, pour le calcul des aliments des enfants, dans le revenu du père en 2005. Compte tenu des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, et de la jurisprudence, la réponse est non. Il est généralement admis que ces gains « non récurrents » sont exclus du revenu. De fait, dans l'état actuel du droit, même le gain réalisé en définitive, au moment de la vente ultérieure des actions acquises par ce moyen, pourrait ne pas être tenu pour un revenu aux fins de l'établissement d'une pension alimentaire.

[2] Les faits essentiels de la présente cause sont les suivants. Les parties, qui se sont mariées en 1994, ont deux enfants (nés en 1993 et en 1996 respectivement). Elles se sont séparées en 2001, puis ont divorcé en 2004. L'ordonnance de mesures accessoires prescrivait des aliments de 860 $ par mois au profit des enfants, sur la base du revenu de 66 000 $ imputé au père. Le 18 octobre 2006, les parties ont consenti à une modification. La pension alimentaire des enfants est passée à 2 368 $ par mois, montant établi d'après la moyenne des revenus gagnés par le père au cours des trois années précédentes. Les parties ont convenu d'un chiffre de 187 251 $. En 2005, cependant, le père avait exercé des options d'achat d'actions qui s'offraient à lui à titre d'employé. Il avait acquis, à 0,60 $ l'action, 56 250 actions ayant une valeur marchande de 25 $ chacune. [Pour ce qui est de savoir si les options d'achat d'actions non échues obtenues d'un employeur au

cours du mariage sont des « biens matrimoniaux », voir *Miller c. Miller*, 2003 NBCA 37, 259 R.N.-B. (2e) 132.] Il semblerait qu'un gain en capital imposable de 1 383 750 $ ait été inscrit dans la déclaration de revenus du père. Le dossier ne précise pas si tout ou partie du gain pouvait être différé, en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui était en vigueur à ce moment-là. Le gain en capital exclu, le revenu déclaré du père, en 2005, était de 302 513 $.

[3] Pour les années d'imposition 2005 et suivantes, le père, au lieu de remettre une copie de sa déclaration de revenus à la mère, lui a remis une copie de son avis de cotisation annuel. En 2011, la mère a demandé par voie de motion que le père : (1) soit reconnu coupable d'outrage pour ne pas avoir produit sa déclaration de revenus de 2009; (2) paie des aliments en fonction du revenu établi d'après les *Lignes directrices*; (3) paie sa part des frais d'études de l'un des enfants. À l'audience tenue le 14 juillet 2012, il a été convenu que le père verserait une pension alimentaire mensuelle de 2 303 $, sur la base d'un revenu de 181 563 $. Cependant, la juge saisie de la motion, après avoir appris que le père avait exercé en 2005 des options d'achat d'actions obtenues en tant qu'employé, a ajourné l'audience. La mère a ensuite modifié sa motion pour y demander une nouvelle ordonnance alimentaire rétroactive. Avant la date d'audience prévue, elle a chargé un comptable agréé de mener une vérification pour déterminer le « revenu réel » gagné par son ex-époux de 2005 à 2010 inclusivement. Pour chacune de ces années, le revenu déclaré du père ne correspondait pas à son revenu annuel « réel ».

[4] La juge saisie de la motion a accueilli la preuve du comptable et déclaré que le père était rétroactivement redevable d'aliments de 232 604 $ au profit des enfants. Une tranche de 195 120 $ de ces aliments était attribuable, en bonne part, au gain en capital de 2005. Les arriérés de 2011 et de 2012 ont été établis également. Ils ont porté le total à 242 722 $. À ce qu'il semble, par ailleurs, le père avait vendu des actions en 2006 et en 2008. Apparemment, de même, le père avait de nouveau exercé des options d'achat d'actions en 2009 et en 2010. Quoi qu'il en soit, le comptable de la mère a inclus le produit de la vente d'actions dans le revenu de l'année même où le gain a été réalisé.

Comme nous l'avons vu, les chiffres du comptable ont servi à calculer les arriérés des années 2005 à 2010 inclusivement.

[5] Seule est contestée, par le présent appel, la décision de la juge saisie de la motion d'accorder des aliments rétroactifs pour l'année d'imposition 2005 et pour le gain en capital « non réalisé » de 1 383 750 $. Le père soutient que la juge a commis une erreur de principe lorsqu'elle a accordé des aliments rétroactifs au profit des enfants calculés en incluant ce gain dans les sources de revenu de cette année-là. Le débat et l'analyse juridique ont pour point de départ l'art. 16 des *Lignes directrices*. Cet article prévoit que, sous réserve des art. 17 à 20, le revenu annuel de l'époux est déterminé au moyen des sources de revenu figurant sous la rubrique « Revenu total » dans la formule T1 Générale établie par l'Agence du revenu du Canada. Les gains en capital font partie des sources de revenu de cette formule. Suivant l'art. 17, le juge saisi de la motion demeure investi du pouvoir discrétionnaire de retenir un autre montant que le revenu déterminé d'après la formule T1. Texte du par. 17(1) :

| | |
|---|---|
| 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. | 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. |

[6] L'argument du père n'a rien de compliqué. Il soutient qu'il est inéquitable de calculer son revenu de 2005 en additionnant le gain en capital de 1 383 750 $ à son revenu disponible de 302 513 $. Ce gain est une « somme non récurrente », catégorie de revenu prévue au par. 17(1) des *Lignes directrices*. De plus, quoique le juge saisi de la motion demeure investi du pouvoir discrétionnaire de décider quelles sommes constituent un revenu, le gain ne représente pas une véritable source de revenu disponible. En fait,

l'exercice de l'option d'achat d'actions crée une obligation fiscale éventuelle, qui pourra être différée, ou non, selon ce que prescrivent les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur au moment où l'option est exercée. Qui plus est, la stricte application des tables aboutit à une obligation alimentaire de 214 488 $ (17 874 $ par mois) au profit des enfants, ce qui correspond à environ 70 % du revenu que le père a effectivement touché en 2005. L'argument de la détermination inéquitable avancé par le père est non seulement puissant, il est également compatible avec la jurisprudence. Deux arrêts sont pertinents. L'examen en sera aisé.

[7] Dans *Arnold c. Washburn*, [2001] O.J. No. 4996 (C.A.) (QL), il avait été ordonné au père intimé de verser, au profit des enfants, une pension alimentaire basée sur un revenu de 377 000 $. L'ordonnance entrait en vigueur le 1er février 2000, date de la demande. En appel, la mère a sollicité de la Cour une augmentation de pension mensuelle qui devait l'assortir au revenu entier de l'intimé pour l'année d'imposition 1999. Le revenu total comprenait un montant additionnel de 3,1 millions de dollars réalisé lors de la vente d'actions de Nortel Inc., actions acquises au moyen d'options d'achat accordées au père par son employeur. Si les tables des *Lignes directrices* avaient été appliquées, le revenu total aurait produit, pour deux enfants, une pension alimentaire de 37 000 $ par mois. La mère avait demandé au juge du procès de faire la moyenne des revenus du père sur trois années, dont celles où le père avait vendu les actions, et de prendre en considération que le débiteur intimé conservait des actions dont il tirerait sans doute profit dans les années à venir. Le juge du procès avait exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui était reconnu de ne pas incorporer les 3,1 millions de dollars au revenu, en vertu de l'al. 17(1)*c)* d'alors. Les motifs de son jugement ont été reproduits par la Cour d'appel :

> [TRADUCTION]
> Le calcul approprié du « revenu annuel » de l'intimé, pour les besoins des *Lignes directrices*, prend l'art. 16 pour point de départ. Si on se reporte à la section « Revenu total » de la T1 de 1999 de l'intimé, sa déclaration de revenus produit un chiffre très élevé, parce que la part pertinente du produit de la vente d'actions réalisée en 1999 y est inscrite. Cet élément exclu, son revenu se compose de son salaire, d'une prime

> substantielle, et du revenu de son portefeuille. Parce que le montant de la prime varie, et que le rendement de placement, dans une certaine mesure, doit varier aussi, j'adopte 377 000 $ pour somme dont les avocats des deux parties ont essentiellement convenu qu'elle représente le « revenu annuel » de l'intimé, sans inclure directement dans le revenu l'argent généré par la vente d'actions. J'écris « directement », puisque cet argent, par le revenu de placement qu'il produit, entre indirectement dans le revenu annuel.
>
> Je ne crois pas qu'inclure tout ou partie du produit des ventes d'actions de 1993 ou de 1999 dans le « revenu annuel » de l'intimé produise la détermination la plus équitable du revenu annuel qu'il a reçu de son employeur, et je m'appuie sur la compétence qui m'est reconnue par l'al. 17(1)*c)* des *Lignes directrices* pour exclure tous ces montants du calcul. Il s'agit de montants élevés, qui ne sont pas indicatifs d'une tendance du « revenu » et qui faussent considérablement la tendance pouvant par ailleurs se dégager des revenus de l'intimé. De plus, le fruit de ces ventes, par le rendement du portefeuille, concourt au revenu annuel de l'intimé. [Par. 7]

[8] La Cour d'appel a indiqué qu'il n'existait pas de différence de fond entre les anciennes et les nouvelles dispositions des *Lignes directrices*, en ce sens que les unes et les autres confèrent au juge le pouvoir discrétionnaire d'exclure un montant, en totalité ou en partie, du calcul du revenu annuel d'un débiteur alimentaire. Elle est arrivée à la conclusion suivante :

> [TRADUCTION]
> En l'espèce, la décision du juge du procès d'exclure de la détermination du revenu annuel de l'intimé le produit de la vente d'actions était l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et cet exercice ne trahit aucune erreur de principe. Il aurait pu imputer à l'intimé, pour les besoins des *Lignes directrices*, le revenu lié aux actions ou une portion de ce revenu, mais il a choisi de ne pas le faire : il a signalé qu'une partie du revenu de placement était dérivée du produit de la vente d'actions. [Par. 9]

[9] Le père appelant maintient que son cas est plus convaincant encore. Dans *Arnold c. Washburn*, les tribunaux ont refusé d'incorporer au calcul, pour l'établissement

des aliments des enfants, le profit de 3,1 millions de dollars tiré de la vente d'actions, parce qu'il aurait été manifestement inéquitable de le faire. L'appelant affirme que l'iniquité est d'autant plus forte lorsque les actions acquises au moyen d'un régime d'options d'achat d'actions offert aux employés n'ont pas encore été vendues. Si l'acquisition de ces actions génère un gain sur le papier, elle ne produit toutefois pas de revenu disponible qui puisse être affecté aux aliments d'enfants. Évidemment, dans la mesure où ces actions génèrent un revenu de placements, il est approprié de l'inclure dans le revenu annuel du père.

[10] L'autre arrêt invoqué à l'appui de la pertinence d'exclure du revenu le gain en capital non réalisé est *Ewing c. Ewing*, 2009 ABCA 227, [2009] A.J. No. 712 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée, [2009] C.S.C.R. n$^{o}$ 386. Il est cité favorablement dans plusieurs jugements de partout au pays (*P.M.R. c. M.H.R.*, 2013 BCCA 378, [2013] B.C.J. No. 1846 (QL); *Vincent c. Vincent*, 2012 BCCA 186, [2012] B.C.J. No. 818 (QL), par. 40; *DeWolfe c. McMillan*, 2011 NSSC 301, [2011] N.S.J. No. 418 (QL), par. 29; *Pollitt c. Pollitt*, 2010 ONSC 1617, [2010] O.J. No. 5905 (QL)).

[11] Dans *Ewing c. Ewing*, les parties avaient convenu, en 2003, que la pension alimentaire des enfants serait modifiée et que le père, sur la base d'un revenu annuel de 750 000 $, verserait 6 000 $ par mois. Après avoir appris que les revenus du père, de 2002 à 2005, avaient dépassé un million de dollars, la mère a demandé une modification rétroactive. Le père a fait valoir que l'augmentation de revenu était attribuable à des gains non récurrents provenant de la vente d'avoirs commerciaux. Le juge siégeant en chambre a fait la moyenne des revenus du père, pour les années 2005 à 2007, parce que le chiffre le plus élevé était [TRADUCTION] « éloigné » des revenus gagnés au cours de toutes les autres années. Le juge a accordé à la mère une ordonnance rétroactive et fixé à 13 776 $ l'obligation mensuelle. Par la suite, il a allégé cette obligation alimentaire du père, qui est passée à 8 986 $ par mois. La Cour d'appel n'a pas trouvé à redire au choix du juge du procès de faire la moyenne des revenus, vu la fluctuation exceptionnelle amenée par les gains non récurrents. Elle a toutefois conclu que le juge siégeant en chambre avait fait erreur en ne se demandant pas si le montant prévu par les tables était « indiqué », selon

l'art. 4 des *Lignes directrices* et l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, [1999] A.C.S. n$^{o}$ 52 (QL). L'article 4 précise de quelle façon appliquer les tables lorsque le revenu du débiteur alimentaire dépasse 150 000 $. Dans ce cas, le juge doit déterminer le montant indiqué en tenant compte des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire. Texte de l'article 4 :

| | |
|---|---|
| 4. Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over $150,000, the amount of a child support order is | 4. Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 $, le montant de l'ordonnance est le suivant : |
| (*a*) the amount determined under section 3; or | *a*) le montant déterminé en application de l'article 3; |
| (*b*) if the court considers that amount to be inappropriate, | *b*) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué : |
| (i) in respect of the first $150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates; | (i) pour les premiers 150 000 $, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance, |
| (ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and | (ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire, |
| (iii) the amount, if any, determined under section 7. | (iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7. |

[12] Dans *Francis c. Baker*, la Cour suprême a déclaré que, bien qu'il faille établir par une preuve claire et incontestable que le montant prévu par les tables n'est pas indiqué, la preuve dans son intégralité n'a qu'à être suffisante pour « soulever un doute »

sur le caractère indiqué du montant. La Cour a aussi reconnu que le débiteur alimentaire peut avoir du mal à recueillir des éléments de preuve en la possession du créancier. Dans *Ewing c. Ewing*, la Cour d'appel a conclu que le juge siégeant en chambre avait commis une erreur lorsqu'il avait qualifié d'[TRADUCTION] « accablant » le fardeau imposé au père, alors que, en droit, la preuve n'a qu'à être suffisante pour soulever un « doute ». Le juge avait fait erreur également en ne se penchant pas sur les ressources, les besoins et la situation véritables des enfants. Enfin, le juge avait commis une erreur en ne procédant pas à une analyse dans laquelle il aurait traité des raisons pour lesquelles la preuve du père ne soulevait pas de doute sur le caractère indiqué des montants prévus par les tables, [TRADUCTION] « étant donné qu'une pension alimentaire ne doit être ni un transfert de richesse fonctionnel à l'autre conjoint, ni une pension alimentaire pour conjoint » (par. 55).

[13] La juge saisie de la motion n'était pas priée d'examiner et d'appliquer, en l'espèce, l'art. 4 des *Lignes directrices* et l'arrêt *Francis c. Baker* de la Cour suprême. Il est tout à fait certain, de même, que le père n'a pas présenté de preuve relativement aux besoins de ses enfants. Il a choisi de faire valoir que la pension alimentaire que les tables prévoient au profit des enfants, pour un revenu de 301 321 $, est de 3 680 $ par mois, chiffre qui atteint 17 874 $ si son revenu de 2005 est fixé à 1 686 263 $ compte tenu du gain en capital de 1,3 million de dollars. La preuve qui précède, à elle seule, amène à se demander s'il s'agit ici d'un cas où une pension alimentaire pour enfants établie d'après le montant prévu par les tables n'est pas indiquée, au sens où ce montant conduit à un transfert de richesse fonctionnel ou à une nouvelle pension alimentaire pour le conjoint.

[14] Bien qu'aucune preuve n'ait été présentée en ce qui concerne l'application de l'art. 4 des *Lignes directrices* et de l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *Francis c. Baker*, les faits de l'espèce s'accordent avec cette observation de sens commun : des aliments calculés en incluant le gain en capital dans le revenu de 2005 du père doivent certainement excéder les besoins des enfants. De même, l'inclusion du gain en capital dans le calcul amènerait, à n'en pas douter, un transfert de richesse à la mère ou le versement d'aliments à son profit sous forme de capital. Quoi qu'il en soit, il est

manifeste qu'inclure le gain en capital de 1,3 million de dollars dans le revenu de 2005 du père ne serait pas la façon la plus équitable de fixer son revenu annuel, d'après l'art. 17. Ce gain est une somme non récurrente n'ayant pas généré de revenu disponible qui pourrait servir au versement d'une pension alimentaire pour enfants. Cette conclusion n'est pas réfutée par l'argument principal de la mère : le père est coupable de conduite répréhensible. Il est vrai que le défaut patent du père de communiquer à la mère toutes ses sources de revenu des années en question a nui aux démarches qu'elle a entreprises pour obtenir qu'il respecte son obligation de verser des aliments au profit des enfants en conformité avec les *Lignes directrices*. Ce défaut du père ne fonde toutefois pas à inclure le gain en capital dans son revenu. Même s'il avait communiqué le gain de 1,3 million de dollars à la mère des enfants, le père n'aurait pas eu l'obligation d'inclure ce montant dans son revenu de 2005 pour la détermination des aliments des enfants. Pour ce qui est du défaut du père de s'acquitter de ses obligations de communication, il faut se rappeler que les juges ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des frais entre avocat et client lorsqu'une des parties est coupable de conduite inexcusable.

[15] Je suis d'avis d'accueillir l'appel et de modifier le jugement du tribunal d'instance inférieure en retranchant du revenu annuel de l'appelant, pour 2005, le gain en capital de 1 383 750 $. Ainsi, pour le calcul des aliments rétroactifs à verser au profit des enfants, le revenu de 2005 de l'appelant sera fixé à 302 513 $. L'intimée n'ayant pas formé d'appel reconventionnel contre les dépens de 5 000 $ de la motion, cette condamnation aux dépens doit être maintenue. En revanche, vu le défaut de l'appelant de communiquer en entier son revenu des années en question et de soulever la question du gain en capital devant la juge saisie de la motion, je suis d'avis de ne pas lui accorder de dépens en appel.