

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

RÉFÉRENCE : Lavie c. Lavie, 2018 ONCA 10

DATE : 20180110

NUMÉRO DE DOSSIER : C61548

Les juges Sharpe, Rouleau et Fairburn

ENTRE

Kevin Lavie,

requérant (appellant),

et

Tanya Lavie,

intimée (intimée).

Kevin Lavie, se représente seul

Christine A. Torry, pour l'intimée.

Date d'audience : le 2 novembre 2017.

Appel du jugement rendu par le juge Steve A. Coroza de la Cour supérieure de justice, daté du 5 octobre 2015, motifs publiés à [2015] W.D.F.L. 6108.

Droit de la famille – Divorce – Demandes d'égalisation et demandes postérieures à la séparation – Aliments matrimoniaux et aliments pour enfant – Sous-emploi

Le juge Rouleau :

A. RÉSUMÉ

[1] L'appelant, Kevin Lavie, porte en appel la décision du juge de première instance traitant de la répartition des biens, de la prestation alimentaire matrimoniale et de la prestation alimentaire pour enfants faisant suite à l'échec du mariage. Je suis d'avis d'accueillir partiellement l'appel.

B. FAITS

[2] Kevin et Tanya Lavie ont commencé à cohabiter en 1998 et se sont mariés en 2000. Ils se sont séparés en 2009.

[3] Les parties ont deux enfants adolescents nés respectivement en 2001 et en 2004. Après leur séparation, les parties ont convenu d'une garde conjointe selon laquelle les enfants passeraient autant de temps avec chacun de leurs parents.

[4] Tanya a travaillé comme enseignante de 1998 à 2004. Elle a quitté l'enseignement après la naissance de son deuxième enfant. À ce moment-là, les parties se sont entendues pour que Tanya ne reprenne pas sa carrière d'enseignement afin d'être plus disponible pour les enfants. En 2006, Tanya a commencé à exploiter Balls of Fun (BOF), un centre préscolaire pour enfants. Se fondant sur le témoignage de l'évaluateur expert, le juge de première instance a conclu que BOF avait généré un revenu personnel de 15 000 \$ à Tanya en 2009. Elle est l'unique actionnaire de BOF, et l'évaluateur a estimé la valeur de son intérêt à environ 55 000 \$.

[5] Kevin a travaillé comme rédacteur pour une émission de télévision sportive de 1996 à 2012. Il a été licencié en 2012 et a reçu une indemnité de départ en décembre 2012. Il a passé la majeure partie de sa carrière à travailler de nuit, jusqu'en septembre 2008, où il a commencé à faire des quarts de jour. Son revenu a varié au fil des ans; il a gagné environ 64 000 \$ en 2009 et 140 000 \$ en 2012, cette dernière somme incluant une indemnité de départ importante. Le juge de première instance a établi le revenu approprié de Kevin pour 2012 à 77 923 \$, ce qui excluait certains revenus ponctuels provenant de son REER et de son fonds de pension.

[6] Dans son jugement, le juge de première instance a rejeté la thèse de Kevin selon laquelle il avait droit à un paiement d'égalisation de 64 915,97 \$ et à un paiement de rajustement postérieur à la séparation de 52 669,16 \$. Selon son appréciation de la preuve, il a conclu que Tanya devait faire un paiement d'égalisation de 5 380,27 \$ et que Kevin devait verser à Tanya un paiement de rajustement postérieur à la séparation de 1 440 \$.

[7] Le juge de première instance a également ordonné à Kevin de verser une prestation alimentaire pour enfants et une prestation alimentaire matrimoniale rétroactives de 714 \$ et 691 \$ par mois respectivement, à compter du 1^{er} novembre 2009. Les sommes ont été rajustées annuellement selon le revenu réel de Kevin jusqu'à son licenciement à la fin de 2012, et ont ensuite été calculées en fonction d'un revenu annuel attribué de 70 000 \$.

[8] En ce qui concerne Tanya, le juge de première instance a refusé de lui attribuer un revenu correspondant au salaire d'une enseignante. Comme les parties s'étaient entendues pour que Tanya ne retourne pas enseigner, il a conclu qu'elle n'avait pas choisi d'être sous-employée. Il a donc retenu l'opinion de

l'évaluateur selon laquelle son revenu estimatif au moment de la séparation se chiffrait à 15 000 \$. Le juge de première instance a ensuite rajusté ce montant pour l'établir à 25 000 \$ en 2011 et à 35 000 \$ en 2012 et pour les années subséquentes.

[9] Le juge a établi le montant compensatoire de prestation alimentaire pour enfants et y a ajouté une prestation alimentaire matrimoniale payable à Tanya de manière à obtenir des revenus nets disponibles égaux entre les parties. Cela s'est reflété dans le montant des prestations accordées. Étant donné l'incertitude quant aux possibilités d'emploi pour Kevin, le juge de première instance a également prévu la possibilité pour lui de demander que la prestation alimentaire matrimoniale soit examinée à nouveau en 2017 sans devoir démontrer que la situation avait changé de façon importante.

C. QUESTIONS SOULEVÉES EN APPEL

[10] Comme c'était le cas en première instance, Kevin Lavie s'est représenté seul en appel. Il a soulevé plus de 20 moyens d'appel, contestant pratiquement chaque aspect des conclusions du juge de première instance. Plusieurs moyens d'appel concernent la façon dont le juge de première instance a tenu l'audience. Ces moyens comprennent des allégations selon lesquelles le juge de première instance a omis de fournir une assistance adéquate à Kevin en tant que partie non représentée par avocat, a commis des erreurs de droit dans plusieurs de ses conclusions et a traité Kevin injustement au cours de l'instance.

[11] Plusieurs autres moyens portent sur des conclusions de fait tirées par le juge de première instance pour établir la valeur de l'actif et des dettes des parties. La valeur de BOF, la valeur du véhicule de Tanya, la valeur du prêt à l'actionnaire dû par BOF à Tanya et la responsabilité à l'égard de divers soldes de cartes de crédit et dettes bancaires comptent parmi ces actifs et ces dettes.

[12] Dans ses observations orales, Kevin s'est toutefois concentré sur les trois aspects suivants :

1. la question de savoir s'il avait bénéficié d'une audience équitable;
2. la façon dont le juge de première instance a traité le prêt à un actionnaire de BOF;
3. le fait que le juge de première instance lui a attribué un revenu, mais n'en a attribué aucun à Tanya.

J'examinerai ces questions l'une après l'autre.

D. ANALYSE

(1) Le traitement accordé à Kevin par le juge de première instance

[13] Selon mon examen du déroulement de la première instance, je ne vois aucun motif de conclure que Kevin n'a pas bénéficié d'une audience équitable. Le juge de première instance lui a prêté une assistance considérable étant donné qu'il se

représentait seul. Au début de l'audience, le juge de première instance lui a donné la note de service de la Cour supérieure de justice sur le déroulement des procès. Il lui a également offert une assistance régulière tout au long du procès.

[14] Kevin s'est vu accorder une grande latitude pour présenter sa preuve, faire ses observations et contre-interroger Tanya et ses témoins. On ne l'a pas empêché de présenter des éléments de preuve pertinents. Je suis également d'avis que le juge de première instance a appliqué les mêmes normes pour apprécier la preuve des deux parties.

(2) La valeur du prêt dû à un actionnaire

[15] Dans ses observations orales, Kevin a également soulevé l'omission du juge de première instance d'attribuer quelque valeur que ce soit au prêt à l'actionnaire non remboursé de 93 097 \$ dû par BOF à Tanya. Kevin avait inscrit ce prêt dans son état des biens familiaux nets. Selon lui, puisque l'expert a évalué à 55 000 \$ la valeur de BOF en utilisant une approche bénéfices, le prêt à l'actionnaire devrait alors logiquement être considéré comme un actif de Tanya en sus de l'évaluation fondée sur les bénéfices.

[16] Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel. Au procès, l'expert a témoigné que la valeur totale de BOF pour Tanya était de 55 000 \$, ce qui incluait la valeur du prêt à l'actionnaire. L'expert a expliqué que, compte tenu du montant de l'emprunt bancaire et des autres obligations de paiement qui incombaient à BOF, notamment au titre du loyer et du salaire des employés, la somme que Tanya pourrait récupérer si elle cherchait à se départir de BOF n'était que de 55 000 \$. J'estime qu'il n'y a pas lieu de modifier la décision du juge de première instance de retenir le témoignage de cet expert.

(3) Prestation alimentaire pour enfants et prestation alimentaire matrimoniale

[17] Kevin conteste en outre l'ordonnance alimentaire pour enfants et l'ordonnance alimentaire matrimoniale. Selon lui, le juge de première instance a commis une erreur en lui attribuant un revenu alors qu'il était sans emploi tout en n'attribuant aucun revenu supplémentaire à Tanya. Il fait valoir que le juge de première instance aurait dû conclure que Tanya avait choisi d'être sous-employée et lui attribuer un revenu correspondant à un salaire d'enseignante, soit entre 72 000 \$ et 86 000 \$ annuellement. Tanya a conservé un poste d'enseignante jusqu'en 2004 et possède toujours les qualifications nécessaires pour l'occuper.

[18] Pour sa part, Tanya soutient que, non seulement l'attribution d'un revenu de 70 000 \$ à Kevin était raisonnable, mais elle était aussi inévitable, puisqu'il avait consenti à ce que ce revenu lui soit attribué. Quant à son propre revenu, elle appuie la conclusion du juge de première instance portant qu'aucun revenu supplémentaire ne devrait lui être attribué.

[19] Le juge de première instance a rejeté l'argument de Kevin selon lequel un revenu devait être attribué à Tanya. Il a conclu que, puisque Tanya n'avait pas choisi d'être sous-employée, il n'avait aucun motif de lui attribuer un revenu. Le juge de première instance a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

- (1) l'ouverture de BOF en 2006 était une décision prise d'un commun accord par les parties [TRADUCTION] « dans le but d'améliorer leur vie familiale »;
- (2) l'avantage que tiraient les parties de l'exploitation de BOF par Tanya était de lui permettre de disposer de plus de souplesse avec les enfants.

Selon le juge de première instance, cela appuyait sa conclusion que Tanya n'avait pas choisi d'être sous-employée.

[20] Le juge de première instance a également conclu que Kevin avait consenti à la création de BOF. Il s'est appuyé sur le témoignage de Kevin, qui expliquait que les sacrifices faits par la famille pour créer BOF en valaient la peine. Ces sacrifices leur permettraient de créer une entreprise qui serait bénéfique pour l'avenir de la famille et leur donnerait des occasions de travailler ensemble à mesure que BOF évoluerait. Dans son témoignage, Kevin a expliqué que ses préoccupations quant aux possibilités d'emploi dans son domaine étaient l'une des raisons derrière la création de BOF. Le couple voyait BOF comme une entreprise dans laquelle Kevin et Tanya pourraient travailler ensemble.

[21] Le juge de première instance a ensuite utilisé la nature conjointe de la décision de créer BOF pour appuyer sa conclusion selon laquelle aucun revenu supplémentaire ne devrait être attribué à Tanya après l'échec du mariage.

[22] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'accord avec Kevin pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en concluant ainsi.

a) Tanya a choisi d'être sous-employée

[23] L'alinéa 19(1)a) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, autorise le tribunal à attribuer un montant de revenu supplémentaire à un époux qui a choisi de ne pas travailler :

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;

[24] La Cour d'appel s'est penchée sur cette disposition dans l'arrêt *Drygala v. Pauli* (2002), 2002 CanLII 41868 (ONCA), 61 O.R. (3d) 711 (C.A. Ont.). Le juge de première instance a mentionné *Drygala v. Pauli* et fait remarquer à juste titre que, pour conclure que l'un des parents choisit d'être sous-employé et lui attribuer un revenu, il n'est pas nécessaire de conclure en une intention spécifique de se soustraire à ses obligations alimentaires envers ses enfants. Il a en outre souligné que, pour s'acquitter de leur obligation légale de subvenir aux besoins de leurs enfants, les parents doivent faire en sorte de gagner le revenu qu'ils sont capables de gagner.

[25] L'erreur commise par le juge de première instance, selon moi, est d'avoir conclu que Tanya n'a pas choisi d'être sous-employée. Il a fondé cette conclusion sur le fait que l'ouverture de BOF était une décision conjointe qui [TRADUCTION] « visait réellement à améliorer leur vie familiale. »

[26] Aucune exigence de mauvaise foi ou d'intention de se soustraire à ses obligations alimentaires n'est propre au fait de choisir d'être sous-employé (*Drygala v. Pauli*, par. 24 à 37). Les raisons pour lesquelles une personne est sous-employée sont sans importance. Si un parent gagne un salaire inférieur au salaire qu'il est capable de gagner, ce parent choisit d'être sous-employé. À partir du moment où elle a choisi de lancer BOF et de gagner 15 000 \$ par année au lieu de 70 000 \$ (ce qu'elle aurait gagné si elle était retournée à l'enseignement), Tanya a fait le choix d'être sous-employée. Rien au dossier ne justifiait non plus de conclure que Tanya ne pouvait pas reprendre sa carrière d'enseignante au moment de la séparation ou du procès. En fait, le juge de première instance a conclu que sa carrière d'enseignante n'avait pas été compromise par son mariage ou par le fait d'assumer des responsabilités familiales.

[27] Je suis d'avis que le juge de première instance a commis une erreur en rejetant la thèse selon laquelle Tanya avait choisi d'être sous-employée.

[28] L'alinéa 19(1)a) dispose en outre que le tribunal doit déterminer si ce choix a été fait parce que « *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 ». [Les italiques sont de moi.]

[29] Le juge du procès a conclu que la décision de Tanya de lancer BOF plutôt que de retourner à l'enseignement avait été prise [TRADUCTION] « dans le but d'améliorer leur vie familiale », mais cela ne correspond pas au critère d'« exigence » aux fins de l'al. 19(1)a).

[30] Le juge du procès aurait donc dû conclure que l'al. 19(1)a) devenait pertinent en l'espèce.

b) Un revenu devrait être attribué aux deux parties ou à aucune d'elles

[31] Lorsque l'al. 19(1)a) devient pertinent, le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il convient d'attribuer un revenu à l'époux sous-employé et, le cas échéant, le montant de ce revenu.

[32] Ici aussi, l'arrêt *Drygala v. Pauli* nous offre certaines orientations. Pour déterminer s'il convient d'attribuer un revenu en raison d'une situation de sous-emploi ou de non-emploi intentionnelle, la Cour doit tenir compte de ce qui est raisonnable dans les circonstances. Dans bon nombre de décisions, il a été déterminé que les facteurs à prendre en considération sont l'âge, l'instruction, l'expérience, les compétences et l'état de santé du parent (par. 45).

[33] Je reconnais que le dossier appuie la conclusion du juge selon laquelle la décision de Tanya de ne pas reprendre son poste d'enseignante et de travailler à la création de BOF a été prise par les parties d'un commun accord. Cela pris isolément ne justifie toutefois pas d'attribuer un revenu supplémentaire de 70 000 \$ à Kevin et aucun à Tanya.

[34] Lorsque les parties ont pris la décision que Tanya ne retournerait pas enseigner, celle-ci était le principal parent à s'occuper des enfants, et les parties vivaient ensemble dans un seul et même foyer. De plus, comme l'a affirmé Kevin dans son témoignage, sa capacité de conserver un emploi dans son secteur le préoccupait, et il considérait que BOF pourrait être un moyen de subvenir aux besoins de toute la famille.

[35] Or, au moment du procès, la situation avait changé. Les parties devaient s'occuper de deux maisons familiales distinctes et assumer toutes les dépenses supplémentaires que cela occasionnait. En outre, comme l'a indiqué le juge de première instance, les parties partageaient à ce moment-là les responsabilités parentales de façon égale, de sorte que les enfants ne profitaient directement du temps de plus dont disposait Tanya à la maison que lorsqu'ils étaient avec elle. L'autre moitié de leur temps, ils profitaient tout autant de la possibilité qu'avait Kevin de diminuer ses heures de travail. Il y a également lieu de signaler que, s'il est vrai que Kevin a choisi d'appuyer la création d'une entreprise dont il aurait pu finir par tirer profit également, après la séparation, la croissance de l'entreprise ne lui rapportait plus rien.

[36] Tenant compte de l'ensemble de ce qui précède, j'estime qu'il convient d'attribuer un revenu supplémentaire soit aux deux parties, soit à aucune d'elles.

[37] Pour la période pendant laquelle Kevin occupait toujours un emploi, compte tenu du bien-fondé d'accorder à Tanya une période d'ajustement suffisamment longue pour reprendre l'enseignement ou une autre forme d'emploi plus rémunératrice, je suis d'avis de n'attribuer aucun revenu supplémentaire à Tanya. Je ne touche donc pas à l'ordonnance alimentaire rendue par le juge de première instance relativement à cette période.

[38] Cependant, à partir du moment où Kevin s'est retrouvé sans emploi *involontairement*, il ne convenait plus de lui attribuer la totalité de son ancien salaire, tout en n'attribuant aucun salaire supplémentaire à Tanya. J'estime qu'il convient d'attribuer un salaire de 70 000 \$ aux deux parties à compter du 1^{er} janvier 2013, de sorte qu'elles sont réputées gagner le même salaire. De cette façon, ni l'une ni l'autre ne doit à l'autre de prestation alimentaire matrimoniale ou de prestation alimentaire pour enfants.

[39] En définitive, je suis d'avis de modifier le jugement afin que, à compter du 1^{er} janvier 2013, aucune prestation alimentaire matrimoniale ni aucune prestation alimentaire pour enfants ne doit être versée par l'une ou l'autre des parties. Je modifierais également la clause prévoyant que Kevin peut demander la révision de la prestation alimentaire matrimoniale après le 5 octobre 2017 de façon à prévoir que l'une ou l'autre partie peut demander la révision de cette prestation ou de la prestation alimentaire pour enfants en cas de changement pertinent survenu dans leur situation depuis le procès. Les parties n'ont pas besoin de satisfaire au critère du changement important de situation. Par exemple, un changement admissible serait que l'une des parties se trouve en meilleure position pour demander une prestation alimentaire matrimoniale ou une prestation alimentaire matrimoniale pour enfants parce que, malgré ses efforts déployés de bonne foi, elle n'a pas réussi à se trouver un emploi dont le revenu est supérieur à celui touché à l'époque du procès.

E. AUTRES MOYENS D'APPEL

[40] Kevin soulève un certain nombre de moyens d'appel supplémentaires. Ceux-ci sont tous fondés sur les conclusions de fait du juge de première instance, lesquelles commandent la déférence, et je ne vois aucune raison d'intervenir. Je suis donc d'avis de rejeter les autres moyens d'appel.

F. NOUVELLE PREUVE

[41] Tanya et Kevin ont tous les deux déposé de nouveaux éléments de preuve. À mon avis, ces nouveaux éléments de preuve n'auraient pas eu d'incidence sur l'issue du procès. Dans la mesure où ils touchent des changements de situation survenus depuis le procès, les nouveaux éléments de preuve se prêteront davantage à une requête éventuelle en modification des obligations alimentaires. Comme cela est indiqué, le juge de première instance avait expressément prévu qu'il pourrait convenir de les réviser à tout moment à partir du mois d'octobre 2017.

G. CONCLUSION

[42] En conclusion, je suis d'avis d'accueillir l'appel partiellement de façon à modifier l'obligation alimentaire en faveur des enfants et l'obligation alimentaire matrimoniale. J'estime qu'il convient de les ramener à zéro à compter du 1^{er} janvier 2013 et de rajuster le montant des arriérés ordonnés pour tenir compte de cette décision. Je suis également d'avis de modifier la clause de révision qui se

trouve au paragraphe 14 de l'ordonnance de la façon exposée dans les présents motifs. Dans ces circonstances, je n'adjudge aucuns dépens.

« Le juge Paul Rouleau »
« Je souscris à ces motifs. Le juge Robert J. Sharpe »
« Je souscris à ces motifs. La juge Fairburn »

Publication : le 10 janvier 2018