

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

44-19-CA

M.G.H.

M.G.H.

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

K.L.D.H.

K.L.D.H.

RESPONDENT

INTIMÉE

M.G.H. v. K.L.D.H., 2020 NBCA 46

M.G.H. c. K.L.D.H., 2020 NBCA 46

CORAM:

The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice Baird  
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Green  
l'honorable juge Baird  
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
March 29, 2019

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 29 mars 2019

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:  
Unreported

Décision frappée d'appel :  
inédite

Preliminary or incidental proceedings:  
[2019] N.B.J. No. 187

Procédures préliminaires ou accessoires :  
[2019] A.N.B. n° 187

Appeal heard:  
January 14, 2020

Appel entendu :  
le 14 janvier 2020

Judgment rendered:  
July 9, 2020

Jugement rendu :  
le 9 juillet 2020

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Baird

Motifs de jugement:  
l'honorable juge Baird

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

Souscrivent aux motifs :  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

For the appellant:  
Kimberly A. McCurdy

For the respondent:  
Jacqueline Marie Boucher

### THE COURT

The appeal is allowed. The corollary relief order is amended to uphold the child support provisions set out in the separation agreement. The cost award in the court below is set aside. The mother is ordered to pay costs of \$5,000 plus HST for the proceeding in the Court of Queen's Bench and \$3,000 on the appeal.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
Kimberly A. McCurdy

Pour l'intimée :  
Jacqueline Marie Boucher

### LA COUR

L'appel est accueilli. L'ordonnance de mesures accessoires est modifiée en fonction des dispositions alimentaires pour enfants énoncées dans l'entente de séparation. Les dépens accordés dans l'instance inférieure sont annulés. La mère est condamnée à des dépens de 5 000 \$ plus TVH pour l'instance devant la Cour du Banc de la Reine et de 3 000 \$ en appel.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal requires the Court to determine whether a separation agreement reached through the collaborative law process, in which there was a deviation from the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (“*Guidelines*”), and s. 15.1(5) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (“*Act*”), should be upheld. This appeal requires the Court to determine whether terms concerning child support, reached by parents with the advice of legal counsel and accountants, should be pierced in circumstances where the mother contends the father’s income should be imputed at a higher amount than what was agreed. In the result, the mother persuaded a judge to increase the father’s personal income by adding back capital cost allowance deductions, business expenses and corporate pre-tax income, obligating the father to pay \$142,280 in child support. It is this order he appeals, arguing his income available for child support has not changed since the execution of the separation agreement.

[2] Both parents have self-employment incomes which fluctuate annually. In a pragmatic attempt to avoid litigation, they agreed to impute income for child support purposes. The father is the sole shareholder of three companies, and he has an interest in a fourth company. The mother is a self-employed real estate agent who works for a company owned and operated by her mother. While the separation agreement provides for an annual exchange of income information, it is my view this provision should not be interpreted so as to permit the recalculation of Line 150 income in this case where there has been no evidence to support a change in corporate accounting practices and where a judge was satisfied that adequate arrangements had been made for the support of the children, in keeping with the objectives of the *Guidelines*.

II. Pleadings

[3] In the mother's application for divorce, filed August 11, 2016, less than fifteen months after the separation agreement was signed, she claimed:

iii) [P]ursuant to s. 15.1 and 26 of the *Divorce Act* and pursuant to the *Child Support Guidelines*, an order that the Respondent pay to the Petitioner child support consistent with the Respondent's *Child Support Guidelines* income which is unknown to the Applicant at present, inclusive of any appropriate imputation of income to the Respondent pursuant to s. 18 and s. 19 of the *Child Support Guidelines*.

[4] The father replied:

6. (a) The parties entered into a separation agreement on the 1<sup>st</sup> day of June 2015, setting out all relief to be granted by virtue of the Divorce Act.

(b) The claims being made [by] the Applicant in her claim and affidavit are erroneous and I would place her to the strictest proof thereof.

(c) There has been no material change in the circumstances of the parties to warrant the changes to the agreement being sought by the Applicant herein  
[...].

[5] The mother's financial statement, filed with her application, records Line 150 annual income for child support purposes, of \$100,366.37. The father's financial statement records Line 150 annual income of \$97,895.12. In the agreement the parents agreed to impute income of \$130,000 to each. The mother argued that income should be imputed to the father for capital cost allowances (amortization), and pre-tax income his companies had historically deducted. The mother also contended that income should be imputed for cash benefits and business expenses received and deducted by the father, some of which were known business practices when their separation agreement was signed.

[6] The judge acknowledged: “[t]he parties’ Separation Agreement was negotiated through an extensive collaborative law process. It is dated the first of June 2015. The mother and father were represented by separate counsel. Professionals in the field of accounting also provided advice relating to the division of their personal and business assets and debts” (para. 5); however, without considering the agreement further, the judge varied the s. 3 child support payments to September 1, 2016, under ss. 18 and 19 of the *Guidelines*, and she ordered a *pro rata* sharing of s. 7 expenses commencing April 1, 2019.

### III. Background

[7] The parties were married in 2002 and separated in 2014. There are two children, who were aged 9 and 6 on the date of separation. During the marriage, the father operated several companies. H. Inc. offers services such as landscaping, snow removal, repairs, restoration, renovation, maintenance, disaster clean up, property management, plumbing, electrical services, and it acquires, restores and sells real property. It has a workforce of approximately 60. P. Inc., owns residential and commercial rental properties, employing roughly six to ten employees who also work for H. Inc. Both were medium-sized companies at the time of separation. The father testified he had slowly built them up over several years through long hours of hard work. The mother was also an active partner in their development.

[8] Throughout the marriage, the mother was employed as a commissioned real estate agent, working for a company which is owned and operated by her mother.

[9] Following the separation in 2014, the parents entered a collaborative law process which, as noted, resulted in the signing of a comprehensive separation agreement on June 1, 2015. The separation agreement resolved all issues pertaining to the custody and access of the children, child support, and spousal support. There were also comprehensive provisions concerning the division of marital and non-marital property and debt. The mother received an unequal division in her favour. The separation agreement provided for shared custody of the children with a straight set-off for child

support. Section 7 expenses were to be shared equally. Annual financial disclosure was required by both parties. The agreement contemplated that the terms and conditions concerning child support would form the basis of a Corollary Relief Order should either parent file an application for divorce in the future.

[10] At trial, the mother argued the father was underreporting his income on the basis his companies deduct capital cost allowances, his corporate and personal debt load increased due to further real estate acquisitions, and he was building his equity at the expense of his child support obligations. In addition, the mother testified to the father's historic business practices. She contended additional income should be imputed to him for capital cost deductions, and on the basis the father received corporate and cash benefits, including vacations, meals, gift cards, the use of corporate vehicles, including a camper. She claimed the \$130,000 agreed in the separation agreement was well below his true *Guidelines* income. The judge agreed and imputed income to the father in the amount of \$511,338 in 2016, and \$454,484 for the years 2017 and 2018.

[11] The father replied that his accounting practices were known to the mother at the time the separation agreement was negotiated, and his financial situation had not changed other than his companies were carrying more debt, and the "calls" on his cash flow were higher. He submitted the child support agreement, reached through the collaborative process, was final and binding, in the absence of material changes to their respective incomes which were not within their contemplation at the time the agreement was executed. The father asserted the mother's income was under-reported for the same reasons. He argued that she too received benefits as a real estate agent, and that she unreasonably deducted items such as office expenses, meals, car allowance, office supplies, gift cards, and advertising expenses, and that she and her mother had negotiated an unreasonable commission arrangement that was designed to significantly reduce the mother's income. More significantly, and despite those benefits, he contended the imputed income of \$130,000 to each was negotiated in consideration of the above factors, and it was a fair compromise, due to the fact their incomes fluctuated from year to year.

[12] The judge heard conflicting evidence from two chartered accountants concerning whether there was a “call” on the father’s corporate income, and whether there were unreasonable business expense deductions being taken by him. In the end, she made the following determinations:

- a) She confirmed the parties’ agreement that they would have shared custody of the children under s. 9 of the *Guidelines*;
- b) The father’s income for 2016 was assessed at \$511,338, generating a monthly child support payment of \$6,442. The mother’s income was assessed at \$71,276, generating a monthly child support payment of \$1,014. The judge applied a straight set-off and concluded the husband should pay \$5,428 monthly in 2016, commencing September 1, 2016;
- c) The father’s income for 2017 was assessed at \$454,484, generating a monthly child support payment of \$5,484. The mother’s income was assessed at \$82,582, generating a monthly child support payment of \$1,179. The judge applied the straight set-off and concluded the husband should pay \$4,306 monthly in 2017;
- d) The 2017 income assessment formed the basis to calculate the child support payments for 2018;
- e) Special expenses that qualified for reimbursement under s. 7 of the *Guidelines* would be shared on a *pro rata* basis;
- f) Arrears in child support were calculated from September 1, 2016 to March 1, 2019, and were fixed at \$137,974, as per a corrigendum to Judgment, payable before June 30, 2019;
- g) The *pro rata* sharing of special expenses was calculated as 85% for the father and 15% for the mother, payable from April 1, 2019;

- h) The father would continue to maintain health and dental insurance coverage for the benefit of the children; and
- i) Costs were ordered against the father in the amount of \$10,000 plus HST, together with “allowable” disbursements.

[13] The judge correctly examined the respective household budgets and she conducted an analysis under ss. 9(a), (b), and (c). With respect to s. 9(c), she wrote:

I also need to consider the means of both parties regarding their ability to meet the needs of the children considering their shared arrangement. On the evidence, I am satisfied both parents have means to meet the needs of their children. The children live in comfortable homes, take part in various activities, their educational needs are addressed and being met. They vacation with both parents. The children have allowances. The evidence establishes that the children do not experience a decline in their standard of living when changing households. The parents have the ability and the wealth to meet the needs of the children and offer them similar lifestyles. Considering the whole of the evidence and applying the criteria set out in section 9 of the *Guidelines* I conclude that the appropriate amount of child support is the set-off amount in accordance with section 9(a) of the *Guidelines*. [para. 174]

[14] The judge did not find the terms of the settlement to be:

- a) Unconscionable;
- b) Inequitable;
- c) Obtained without proper legal advice;
- d) Based on incomplete or erroneous financial disclosure;
- e) Obtained by fraud, misrepresentation or as a result of undue influence.

See *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303.



IV. Grounds of Appeal

[15] The father's Supplementary Notice of Appeal advances numerous grounds. He contends the judge:

- 1) failed to consider and apply ss. 15(5), (7) and (8) and s. 9(2) of the *Act*, more significantly, in light of her finding that reasonable arrangements had been made for the support of the children;
- 2) did not properly apply the objectives of the *Guidelines* set out in s. 1;
- 3) erred in her imputation of incomes to both parties (s. 19);
- 4) failed to properly consider s. 9(c) of the *Guidelines*;
- 5) did not properly apply s. 18(1) of the *Guidelines*;
- 6) failed to properly apply Schedule III of s. 16 of the *Guidelines*, particularly ss. 11 and 12 in the context of corporate income;
- 7) failed to consider s. 7 of Schedule III of the *Guidelines* when she imputed corporate income under s. 18(1) and s. 16, Schedule III, s. 11 of the *Guidelines*;
- 8) failed to properly apply s. 17 of the *Guidelines*;
- 9) did not properly consider s. 4 of the *Guidelines*;
- 10) should not have imputed income for 2018, based on the 2017 financial disclosure.

[16] As some of the grounds are duplicative, and therefore redundant, they will be collapsed and dealt with in the way they were argued.

V. Standard of Review

[17] This appeal raises issues concerning contractual interpretation which involve questions of fact and law, and, in the absence of extricable questions of law, they are reviewable on the standard of palpable and overriding error (see *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paras. 50-53). In *Directcash ATM Management Partnership et al. v. Maurice's Gas & Convenience Inc. et al.*, 2015 NBCA 36, 437 N.B.R. (2d) 292, this Court states:

Thus, in applying *Sattva*, I conclude that contractual interpretation in an ordinary appeal is now primarily a question of mixed fact and law, which involves ascertaining the objective intentions of the parties, through an analysis of their commercial dealings or the “surrounding circumstances”. These interpretive questions are reviewable on a correctness standard only when there is an extricable question of law. The circumstances under which a question of law can be extricated from the interpretation process are “rare”: *Sattva*, at para. 55. The Supreme Court identified the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor as possible extricable errors of law. This principle was recently discussed in *Northwest Territories (Attorney General) v. Association des parents ayants droit de Yellowknife*, 2015 NWTCA 2, [2015] N.W.T.J. No. 4 (QL), per Slatter J.A. [para. 17]

See also *Keough v. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 N.B.R. (2d) 233.

[18] In addition, this appeal raises questions of statutory interpretation. In *Province of New Brunswick v. Grant Thornton*, 2020 NBCA 18, [2020] N.B.J. No. 70 (QL), at para. 90, Drapeau J.A. writes that the meaning of a particular legislative provision “[...] stand[s] to be determined on its interpretation in accordance with the

contextual approach adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). In that case, the Court agreed ‘the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’ (para. 21).” The required interpretive approach is informed by the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, notably s. 17, which provides as follows:

**17.** Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

**17.** Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l’objet de l’interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

See also: the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

[19] No deference is owed to a judge’s decision when reviewing a question of law and interpreting a statutory provision (*Minister of Justice and Consumer Affairs v. J.R. and C.R. and Minister of Social Development, S.M.R. and R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 N.B.R. (2d) 377). See *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292; *Noron Inc. v. City of Dieppe*, 2017 NBCA 38, [2017] N.B.J. No. 231 (QL); *Dykstra v. New Brunswick Cattle Producers, a body corporate under the Natural Products Act*, S.N.B. 1999, c. N-1.2, 2018 NBCA 5, [2018] N.B.J. No 6 (QL); *Northrup v. Windsor Energy Inc. et al.*, 2017 NBCA 37, [2017] N.B.J. No. 219 (QL); *The Town of Rothesay and Bird Construction Group v. Fundy Bay Holdings Ltd.*, 2019 NBCA 15, [2019] N.B.J. No. 37 (QL).

## VI. Analysis

### A. *Discretionary authority*

[20] In my view, the “one size fits all” approach to the interpretation of the *Guidelines* was rejected by Parliament. As will be discussed further, if it were not the

case, discretionary authority to deviate from the *Guidelines*, when a court determines reasonable arrangements have been made for the care of children, would not have been granted. In cases where the custody of a child is shared, incomes are imputed, incomes exceed \$150,000, or closely held corporations are involved, there are opportunities for a court to approve a child support agreement in which incomes have been imputed, provided the objectives of the *Guidelines* are met and a court records its reasons for so doing. In my view, agreements should be respected unless they do not meet the objectives of *Guidelines*, or they are tainted on the *Miglin* criteria.

[21] I agree that a court may set aside a provision for support, or a waiver of child support, if failure to do so would result in child support provisions that do not meet the objectives set out in the *Guidelines* and the *Act*. A court is not bound by the child support provisions of an agreement, even when they are incorporated into a court order, when it concludes such provisions are inadequate (see *Willick v. Willick*, [1994] 3 S.C.R. 670, [1994] S.C.J. No. 94 (QL)). Finally, I agree that judges should not rubber stamp agreements (see *A.S.L. v. L.S.L.*, 2020 NBCA 15, [2020] N.B.J. No. 63 (QL)), however, that is not the circumstance in this case. In this case, the judge, in spite of her finding that adequate arrangements had been made for the support of the children, and in the absence of evidence the father's accounting practices had changed from the date the separation agreement was signed, substantially increased the father's Line 150 income and varied the child support payments.

[22] As Wilson J. observed in *Richardson v. Richardson*, [1987] 1 S.C.R. 857, [1987] S.C.J. No. 30 (QL):

Child maintenance, like access, is the right of the child [...]. For this reason, a spouse cannot barter away his or her child's right to support in a settlement agreement. The court is always free to intervene and determine the appropriate level of support for the child [...] [p. 869].

[23] In *L.S. v. E.P.*, 1999 BCCA 393, [1999] B.C.J. No. 1451 (QL), the court writes:

A fundamental tenet of the modern law of child maintenance is that the right to maintenance is a right belonging to the child, not the parent. [...] As the right belongs to the child it cannot be waived or bargained away by the custodial parent or lost due to that parent's neglect, delay, or lack of diligence in enforcing the right. [para. 58]

See also Bastarache J. in *D.B.S. v. S.R.G.; L.J.W. v. T.A.R.; Henry v. Henry; Hiemstra v. Hiemstra*, 2006 SCC 37, [2006] 2 S.C.R. 231.

[24] A parent seeking to benefit from an exception to the *Guidelines* is required to meet a two-part test: first, they must satisfy the court the current provisions directly or indirectly benefit the child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of the child; second, if part one is met, they must satisfy the court it would be inequitable to apply the *Guidelines*. See *Epp v. Robertson*, [1998] S.J. No. 684 (Q.B.) (QL).

[25] In *Epp*, Wilkinson J. concludes:

Once a finding has been made that special provisions exist, it must be determined whether, given those provisions, the amount of child support determined under the *Guidelines* would be inequitable. As stated in *Wang v. Wang* (1997), B.C.J. No. 1678 (QL) (B.C.S.C. [In Chambers]) and *Eilers v. Eilers*, [1998] B.C.J. No. 1021 (QL) (B.C.S.C.), the term “inequitable” relates to the parties and requires a consideration of both the circumstances of the parties giving rise to the order or agreement and their circumstances at the time of the application. Such an interpretation recognizes the give and take of settlement discussions and the interrelationship of terms which will be reflected in a settlement agreement or order. [para. 20]

[26] Similar considerations apply when one parent seeks to vary an agreement, when it was contemplated the terms would form the basis of a court order. Quigg J.A., writing for the Court in *Q.D.T. v. H.L.D.*, 2020 NBCA 19, [2020] N.B.J. No. 71 (QL), cited *Dedes v. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. No. 883 (QL):

[...]

The relationship between *Gordon* and *Willick* was addressed by this Court in *Turpin v. Clark*, 2009 BCCA 530 (leave to appeal refused, [2010] S.C.C.A. No. 5), which considered the proper test to be applied on a variation of a consent order made under the *Divorce Act*:

[46] The test for establishing a material change of circumstances was articulated in *Willick*, in the context of a variation application for increased child support, as a change that, if known at the time the prior order was made, would likely have resulted in a different order (at 688). In *Carter v. Carter* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 45, 34 R.F.L. (3d) 1 (C.A.), a material change in circumstances was described, in the context of a variation application to rescind spousal support, as a change that was “substantial, unforeseen and continuing.” In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, it was described, in the context of a variation application for custody of a child, as a change “which was either not foreseen or could not have been reasonably contemplated by the judge who made the initial order” (para. 13).

[47] In an attempt to reconcile these differing articulations of the test, Lambert J.A. in *Stones v. Stones*, 2004 BCCA 99, 48 R.F.L. (5th) 223, redefined the “foreseeable change” version, focussing on unanticipated changes that were not within the contemplation of the parties when they made their agreement:

[15] In my opinion, the question of what is a material change of circumstances may vary from one case to another. That is particularly so in relation to foreseeability. There are a group of cases which decide that retirement from employment, even at the retirement age set by the employer, or by collective agreement, can be a material change of circumstances, although clearly it would be foreseeable.

[16] I suppose that the question should really be asked in each case of whether the circumstance in question was one which the parties must have had in contemplation and built into the framing

of their agreement. Perhaps it is a change that the parties were prepared to leave out of contemplation in the agreement because of complexity or some other reason, so that when it occurs it is a material change of circumstances, even though the parties knew it must be going to happen at some time or another.

[Emphasis added in *Turpin*.] [para. 21]

[para. 13]

B. *Legislative history*

[27] Since 1985, with the proclamation of the amended *Act*, there has been a move towards alternative dispute resolution in family law. Section 9(2) imposes a duty on legal counsel to “[...] discuss with the spouse the advisability of negotiating the matters that may be the subject of a support order or a custody order and to inform the spouse of the mediation facilities known to him or her that might be able to assist the spouses in negotiating those matters.”

[28] In *Miglin*, the Supreme Court concluded that s. 9(2) of the *Act* demonstrates Parliament’s intention that negotiated settlements are to be encouraged. It is not enough for a party to argue that a trial judge would have awarded a different order, before a court should jettison an agreement, where there is no evidence of fraud, undue influence, misrepresentation, incomplete financial disclosure or child support provisions that are clearly inequitable.

[29] Following the proclamation of the *Act* in 1985, mediation services for this purpose became more available across Canada. Couples were encouraged to settle their disputes. This objective has been further entrenched in recent amendments to the *Act*. Under Bill C-78, not yet in force, legal advisers will be obligated by the *Act* to inform clients about the family justice services that might assist them with the resolution of their issues, and they will be required to encourage clients to use those services, unless it would be clearly inappropriate to do so. As a matter of public policy, consensual

resolution saves both the administration of justice, as well as the litigants, precious time and money.

[30] This evolving approach to family litigation was embedded in the *Guidelines*, which came into effect on May 1, 1997. Section 1 sets out the legislative objectives:

**1** The objectives of these Guidelines are

(a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;

(b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

(c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

(d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

**1** Les présentes lignes directrices visent à :

a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation ;

b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif ;

c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires ;

d) assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

[31] Professor Julien D. Payne and Marilyn A. Payne, in their text, *Child Support Guidelines in Canada, 2017* (Toronto: Irwin Law, 2017), write:

As of May 1, 1997, child support rights and obligations under the *Divorce Act* underwent a radical change. The previous child support regime applying under the *Divorce Act*, which was premised on the exercise of an unfettered judicial discretion, was rejected by the government as unpredictable, inconsistent, costly, and unfair to children.

[p. 1]



[32] Entrenched in the *Guidelines*, as noted, is the authority to uphold negotiated settlements which deviate from them, provided the settlement is true to the exceptions set out in s. 15.1(5) of the *Act*. This occurs when a court is satisfied that special provisions in an order, judgment, or written agreement respecting the financial obligations of the spouses, or the division or transfer of their property, directly or indirectly benefit a child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of a child, and the application of the *Guidelines* would be inequitable (Payne and Payne, at p. 5). Consent orders are included.

[33] Section 15.1(5) of the *Act* permits a court to award an amount that is different from the amount that would be determined in accordance with the applicable *Guidelines* if it is satisfied:

(a) that special provisions in an order, a judgment or a written agreement respecting the financial obligations of the spouses, or the division or transfer of their property, directly or indirectly benefit a child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of a child; and

a) que des dispositions spéciales d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente écrite relatif aux obligations financières des époux ou au partage ou au transfert de leurs biens accordent directement ou indirectement un avantage à un enfant pour qui les aliments sont demandés, ou que des dispositions spéciales ont été prises pour lui accorder autrement un avantage ;

(b) that the application of the applicable guidelines would result in an amount of child support that is inequitable given those special provisions.

b) que le montant déterminé conformément aux lignes directrices applicables serait inéquitable eu égard à ces dispositions.

[34] There is a paucity of cases in New Brunswick where this section has been applied; however, Guerette J. considered it in *McIllwraith v. McIllwraith* (1999), 210 N.B.R. (2d) 391, [1999] N.B.J. No. 129 (Q.B.) (QL). He wrote: "When parties request a court to confirm their private support arrangements because they deem them to be satisfactory for their situation, a court should be loath to change them. Such arrangements, when freely entered into, are an important manifestation of their wishes to resolve issues between themselves and should accordingly be given appropriate weight by the court" (para. 20). See also *Trafton v. Trafton*, [1999] N.B.J. No. 239 (Q.B.) (QL);

*Koot v. McLaren*, 2003 SKQB 129, [2003] S.J. No. 214 (QL). In this case, only one party sought to change the support arrangements, however, the same principles apply. When s. 15.1(5) is in play, a court is required to satisfy itself that adequate arrangements have been made for the support of the dependant children.

[35] In the late 1990s, conditions in Canada were ripe for the introduction of the Collaborative Family Law Process (“CFL”). In *Noble and O’Brien v. Arsenault and Arsenault*, 2014 NBCA 39, 420 N.B.R. (2d) 133, Quigg J.A. tracks the history and parameters of CFL, writing:

The collaborative family law (CFL) process has gained popularity in Canada in recent decades because it purports to take a holistic, non-confrontational approach to separation and divorce. CFL is intended to be a conflict resolution process through which clients and their lawyers meet privately and attempt to reach a settlement through cooperation and dialogue. Wanda Wieggers and Michaela Keet, authors of “Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities” (2008) 46 *Osgoode Hall L.J.* 733, succinctly describe the Collaborative Law (CL) process:

In this article, we examine whether and how the distinctive features of CL affect the impact and salience of gender inequalities in the negotiation of family law disputes. First developed by lawyers in the United States, the emergence of CL has been described as a “paradigm shift” in legal practice. One of the key distinguishing features of CL is the role lawyers play in the settlement process. CL seeks to realize the benefits of client participation and interest-based negotiation through the active involvement of lawyers as both facilitators and advocates. Unlike in traditional negotiation or litigation, CL lawyers commit to a set of transparent values that emphasizes the importance of the emotional and participatory needs of their clients, the possibility of creative outcomes, and the interdependence of the parties. In another departure from most settlement processes, CL requires that both lawyers and clients work together in open fourway sessions toward the resolution of their dispute.

The CL process is also typically structured according to rules of engagement and disengagement that are set out in agreements entered into by both clients and their lawyers. The content of these agreements varies between provinces and/or regions, but generally these agreements require open disclosure of all material information within the four-way session and demand that lawyers cease representing their clients if the process fails to generate a settlement. To date, the CL process, in both Canada and the United States, has been restricted largely to the family law area. [p. 735]

Many litigants have chosen CFL over standard litigation because of its emphasis on client participation and building consensus, as opposed to the adversarial system found by many to be antagonistic and alienating: Cristin Schmitz, "Collaborative Lawyers Must Observe Same Standard as Family Law Litigators: Alta. CA" (2011) 30 *The Lawyers Weekly* 38 (QL). The parties agree to negotiate in "four-way" meetings (meetings comprised of both parties and their lawyers) in which all parties are expected to participate actively. In CFL, lawyers do not litigate the dispute; they are supposed to help shape and guide the process. Clients are required to make important decisions regarding their settlement instead of relying on their lawyer to represent their interests. Parties generally enter into CFL by signing a Participation Agreement or Collaborative Law Contract, committing to forego litigation and follow the CFL process. The process ends abruptly if either party sues or threatens to sue, and neither lawyer may be retained for litigation: Donalee Moulton, "Collaborative Family Law and Mediation are Similar but Different" (2002) 22 *The Lawyers Weekly* 5 (QL). Under CFL theory, "CL creates a metaphorical 'container' around the lawyers and clients to help focus on negotiation. CL creates this container through a mutual withdrawal agreement that disqualifies both lawyers from continuing to represent their clients if either party chooses to discontinue with CL and proceed in litigation": John Lande, "Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering" (2003) 64 *Ohio St. L.J.* 1315 at 1322.

The lawyer's role in this process involves facilitating dialogue, seeking mutually beneficial settlement, and

information gathering, which can require parties to disclose various types of information (e.g. financial) or hire financial or psychological specialists: Ann Osborne, “The Shift Required of the Family Lawyer is from Zealous Representation to Problem Solving, Educating, Role Modeling and Facilitating” (2005) 24 *The Lawyers Weekly* 34 (QL).

However, though CFL lawyers are committed to coming to an agreement that benefits both parties they are, unlike mediators, not neutral actors in the process and have a fundamental responsibility to provide legal counsel to their client throughout the process. CFL lawyers must participate in the process and advise their clients to the best of their abilities while striving to maintain an atmosphere of cooperation and integrity that fosters a mutually beneficial solution for both parties: *Webb v. Birkett*, 2011 ABCA 13, [2011] A.J. No. 54 (QL).

The CFL practice varies among jurisdictions but the broad parameters of the process are usually set by participation agreements, which are entered into by both clients and lawyers before the process begins. [paras. 19-23]

[36] There are legitimate public policy objectives behind settlements in family law cases. In *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL), McLachlin J. states:

Parental agreements should be the rule and must be encouraged since parents are generally in the best position to assess the best interests of the child. In addition, such agreements minimize ongoing parental conflict and litigation, which are clearly not in the best interests of children. Research on the emotional impact on children of such conflict, notwithstanding its limits, widely supports this common sense observation. See *Young*, [...], at p. 80 (*per* L’Heureux-Dubé J.); N. Weisman, [...], at pp. 54-61; R. Krell, “The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes”, in R. S. Abella and C. L’Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175. [para. 114]

[37] This case prompts the Court to consider the judicial role in this context. Both parents received accounting advice concerning the deductions taken by the

husband's companies, based on the asset base that existed at the time their agreement was negotiated. They entered the agreement with extensive financial disclosure. They each had independent legal counsel. They agreed to reciprocally impute income in the amount of \$130,000, an amount that did not represent the true incomes of either, given the changing nature of their self-employment incomes. Financial statements were exchanged, and budgets were prepared for this purpose. As stated by the judge, reasonable arrangements were made for the support of the children. Although the agreement provided for adjustments to child support on an annual basis, those adjustments were income driven. Should either parent experience material changes to their incomes, from that imputed in the separation agreement, they could request a change in the agreed child support. There was no barrier to either parent seeking a change to the child support amount in those circumstances; however, as will be explained, what happened in this case, was quite different from what was contemplated in the agreement. Less than fifteen months following the execution of the agreement, the mother asked the court to impute income to the father on the basis he was deducting capital cost allowances from his business income, a practice which was known to the mother when the agreement was executed, and which had been factored into the global settlement.

[38] The mother's case was framed not as one of material change in income, but as one of statutory interpretation from the beginning: "The issue here is simply the interpretation of the *Guidelines* as they relate to the existing financial statements." She added: "[...] we're not here to reassess what went on in terms of the resolution of the property division; that is done. What we're here to do is simply analyze the financial situation at present, based upon the financial statements that the parties have from Mr. Neal." In other words, this was not a case concerning financial disclosure. The question that should have been posed was whether there had been a change in the parties' incomes to justify a change in child support.

[39] In my view, the application judge did not turn her mind to the question of whether the father's sources of income had changed. She applied a mechanical approach to the *Guidelines*, without considering whether the terms of the agreement met the objectives of the *Act* and the *Guidelines*. To alter such agreements, when a court is

satisfied there has been full financial disclosure, and when adequate arrangements have been made for the support of the children, defeats the public policy objectives of the *Act* and the *Guidelines*, insofar as settlements are concerned. The financial statements showed the father had not changed the way his companies reported their incomes. These practices were within the knowledge of the mother when the agreement was negotiated, as evidenced by her testimony at the hearing. There had been some changes in their respective business expenses. As examples, the mother's financial arrangement with her mother concerning the payment of commissions had changed, as did her some of her business expenses. The father admitted to having taken new business expense deductions as well. He was paying his friend, S.D. a salary, and provided her a company vehicle. These changes will be examined under s. 19 of the *Guidelines*.

C. *The agreement*

[40] As noted, the parents agreed to share the custody of the two children in accord with a specific schedule. Paragraph 2(c) of the separation agreement provided that "for the year 2014," their incomes were imputed at \$130,000, and they would equally share special expenses. Based on the imputed income, in paras. 6(a) and (b), child support was assessed on a straight set-off basis in the amount of \$1,789. Paragraph 6(g) provided that, in consideration of the condition, means, needs and special expenses of the children, each parent would assume his or her own childcare costs. Special expenses were set out in para. 6(k). The agreement acknowledged the parents' means were relatively equal. Of course, this would have included the asset division.

[41] Paragraphs 6(m) and (n) provided that, for the purposes of adjusting child support payments, the parents would exchange their income tax returns along with their Notices of Assessments on or before May 15 of every year, and "any change necessary to the child support payment or Section 7 expenses ratio shall be agreed to and become effective" as of June 1 of that year. Failing agreement, either parent could seek a court order.

[42] The agreement provided for a detailed division of marital and non-marital assets and debts. The father is the sole shareholder and operator of the two companies, P. Inc. and H. Inc., as noted. He is also a joint owner of O. Ltd., which operates in a deficit position. He incorporated S.W.S. Inc., following the separation. At para. 12 of the agreement, the father agreed to pay the mother \$1,324,000 for her interest in P. Inc. and H. Inc. He paid an additional sum to the mother as an equalization payment for the division of all assets. An elaborate payment schedule was set out in para. 12(c).

[43] The father assumed approximately \$237,687 of debt which included the mortgage on the marital home and an RBC line of credit associated with his business. An amending agreement dated August 28, 2015, altered the terms with respect to the transfer of the marital home, providing for a payment to the mother of \$423,000 no later than September 30, and a further payment of \$61,000 on “completion of renovations” and an additional payment of \$61,000 upon the sale of the house “or” not later than one year from the date the father took ownership of the home.

D. *The evidence*

[44] In 2016, the father purchased land, later sold to P. Inc. for development. In 2017, P. Inc. acquired commercial property for \$5.7 million. The latter purchase was financed by:

- 1) BDC mortgage: \$4,500,000;
- 2) VTB loan: \$825,000;
- 3) Shareholder loan: \$200,000;
- 4) Advance from H. Inc.: \$85,000.

[45] The mother contended the father continued to increase his equity position at the expense of child support. She focused, firstly, on the capital cost allowance deductions, arguing they created an artificial understatement of the money really available to him for child support. In her affidavit at para. 19, she anchored this argument

on the fact the father had subsequently opened “several new businesses” for which she had no details.

[46] Secondly, the mother submitted that income should not be imputed to her from her holding company, S. Inc., other than potential interest income, on the basis it would represent a double recovery to the father. S. Inc. holds the funds received by the mother as a result of the settlement. Her net assets at trial totalled \$1,300,000, and she had a mortgage on her home, with no other increase in her investments or her debts following the settlement.

[47] As noted, Mr. Neal was retained to provide the parents with accounting advice during the collaborative law process. He was qualified as an expert in the field of accounting. His evidence was restricted to the pre-separation services he provided to the parents, as well as his involvement in their settlement negotiations. Mr. Neal continued to provide accounting advice to the father and his companies. He assisted the father in his corporate financing and long-term strategic planning following the settlement, and he prepared the personal income tax returns for both parties. During the negotiations, Mr. Neal was retained to assist them with the valuation of corporate assets. Notably, Mr. Neal testified that P. Inc. was the most significant business asset, and O. Ltd. was operating in a deficit position. Book values of corporate assets were assessed at fair market value, as agreed by the parties.

[48] Mr. Neal testified that throughout the negotiating process, and during the preparation of the financial statements, legal counsel for both parties actively contacted him and consulted with him. The H. Inc. evaluation did not include an adjustment for fair market value, due to the depreciated value of equipment. It was assessed on a book value basis, as agreed. All corporate documents and valuations were reviewed by legal counsel, and Mr. Neal advised it was the parties who instructed him concerning the division. Mr. Neal was tasked with the job of structuring the father’s financing, so he could pay the mother her share of the equity, as agreed. This was accomplished through a butterfly transaction that allowed for the payments to be made to the mother’s holding company, S. Inc., on a tax-deferred basis, so as not to trigger a capital gain to the mother. Mr. Neal



confirmed that legal counsel prepared the documents. In the agreement, the wife received the “vast majority” of the personal assets. The “vast majority” of the debts were assumed by the husband. Mr. Neal confirmed this represented an unequal division of assets in the mother’s favour. He provided extensive evidence concerning the financing arrangements, the amount of capital cost allowance deducted on real estate holdings, as well as the debts held by the companies and the personal guarantees given to lending institutions by the father. He testified he did not believe that capital cost allowance would be an issue, as the parties had the benefit of both legal and accounting advice when they reached their agreement, and if it had been an issue, it should have been “flagged.”

[49] Mr. Neal confirmed P. Inc. purchased a commercial property in 2017 for \$5.7 million which was mortgaged with BDC for \$4.5 million. He also testified concerning the father’s 2016 land purchase. The land was transferred to P. Inc. for \$200,000. In August 2017, P. Inc. recorded retained earnings of \$54,910. In a twelve-month cycle, the companies are required to pay \$320,770 to cover the principal payments on the mortgages. Interest payments were deducted as corporate expenses.

[50] The unaudited fiscal year-end financial statement for P. Inc., dated August 31, 2015, when compared with 2016, showed increased receivables, a significant increase in payables and debt, as well as a significant capital deficiency in retained earnings of \$147,600. In 2017, long-term debt had risen. Net income was reported at \$202,510, less the prior year’s deficit, leaving retained earnings of \$54,910. H. Inc. recorded a significant reduction in retained earnings between 2015 and 2016 which it partially recovered in 2017.

[51] Mr. Neal confirmed the “calls” on corporate income included the accounts receivables, property taxes, pay rolls, maintenance, lines of credit and principal payments on the mortgages. He stated the mother’s company, as a holding company, was a passive corporation, has no “calls”, or external restrictions, on the use it makes of its assets. He testified that corporate funds were not available as income to the father, as asserted by the mother, because of the debts.

[52] Two other accountants, Mr. Jamie Whittaker for the mother, and Mr. Peter Logan for the father, offered differing opinions concerning the interpretation of the income attribution rules set out in ss. 18 and 19 of the *Guidelines*, and s. 11 of Schedule III of the *Guidelines*. On this, the mother asked the judge to answer the following questions: “The questions are simply how we interpret what we have before us – in particular s. 11 – that would be the capital cost adjustment for real estate – the depreciation that’s not, in fact, a real number – it’s allowable for tax purposes.” She observed: “No one is disputing the agreement that the parties had with respect to these numbers. It is solely the interpretation of what – in these financial statements, and what other evidence will be elicited – should be used in accordance with the *Child Support Guidelines*.” The mother did not base her case on material change when she argued the capital cost allowances.

[53] From the outset, the mother submitted that, despite the separation agreement, the capital cost allowance had to be added back to the pre-tax income of the operational corporations under Schedule III, s. 11 of the *Guidelines*, without exception; or, in the alternative, income should be imputed to the father under s. 19 for unreasonable business deductions.

[54] The mother’s accountant, Mr. Whittaker, reviewed the unaudited Financial Statements for P. Inc. and H. Inc. from 2012 to 2017 and prepared a four-page report. He opined the capital cost allowance was required to be added back to corporate income, on the basis that s. 11 of Schedule III applies the same way to real estate owned by individuals and corporations. He disagreed that the current portion of long-term debt of \$330,770 should be deducted from corporate income on the basis this practice, as a matter of public policy, would allow payers to utilize the financing of purchases of real estate as a way to reduce their child support obligations. This was an opinion that clearly strayed into the realm of statutory interpretation.

[55] On page 2 of the report, Mr. Whittaker writes: “Section 18 of the *Guidelines* ensures that utilizing a corporate structure does not shelter any income that is available to the spouse ([the father]), and therefore the same provisions with respect to

capital cost allowance need to apply to corporations owned by [the father].” This is a true statement; however, there was no evidence the father was intentionally diverting income when he availed himself of the amortization deduction in this case, a known accounting practice when the agreement was negotiated.

[56] Mr. Whittaker did not express an opinion concerning Schedule III, s. 12, nor did he consider the economic and operational needs of the companies. In the end, it was his opinion the judge followed.

[57] The father’s expert, Mr. Logan, prepared a two-page report. He took the father’s Line 150 income for 2017, \$55,246; he then added \$15,000, plus a gross up for income tax, for personal benefits the father receives from his companies, and he calculated the father’s income on that basis. He testified that P. Inc. had pre-tax net income of \$245,311, with long-term debt of \$320,770, which, as he stated, was being repaid monthly. It was his opinion that H. Inc.’s net income of \$40,149 was not available for child support, because it was needed to finance receivables and there was a shortfall in working capital. His opinion was consistent with that of the father, who stated he would not be able to finance the amount requested by the mother. He argued the Financial Statements did not consider certain debts payable, such as the H. Inc. line of credit of \$186,000 and bank debt. The health of both P. Inc. and H. Inc. was described as “very leveraged.” It was Mr. Logan’s opinion that capital cost allowance should not be added back.

[58] Before us, the father submits the judge erred in her interpretation of the *Guidelines*. He contends the court should not have mechanically added back 100% of the capital cost allowance to his pre-tax corporate income for child support purposes without considering corporate debt and the fact he is operating companies which have a “call” on their incomes for operational purposes. The father argues the issue of capital cost allowance was considered when he and the mother settled their claims, and that any analysis concerning his ability to pay child support, should take the following into account: the mother received an unequal division of assets, the father has assumed significant debt, there is a shared custody arrangement which the judge observed was

providing an above-average standard of living for both children, and the mother's income as a self-employed real estate agent is under-reported. He states there has not been a change since the execution of the agreement in the treatment of capital cost allowance, nor has there been a change in the business expenses, his income for taxation purposes has not increased, the imputed income in the agreement exceeds his Line 150 income and the mother was aware of these historical deductions when the separation agreement was signed.

[59] The judge did not consider the fact the mother had full disclosure of the corporate financial statements during the collaborative law process. The business deductions for capital cost allowance was a known accounting practice. It was the mother's burden to establish a material change in the father's accounting practices, which reduced his income available for child support.

[60] For the reasons that follow, I would allow the appeal. I would not vary the imputed incomes of the parties as agreed. I agree with the judge's analysis under s. 19; however, even if I were to add back the disallowed business expenses to the parties' Line 150 incomes, there still would be no material change of income, sufficient to persuade me that their mutual agreement to impute income of \$130,000 was unreasonable and did not meet the objectives of the *Guidelines*. The judge found that the children's standards of living were the same in each household. In the absence of persuasive reasons justifying judicial intervention into agreements that meet the statutory objectives for child support, in the absence of evidence that would persuade a court to set aside an agreement on the *Miglin* criteria, and when there is no evidence of a material change in income, these agreements should not be set aside or varied, unless there is evidence of a material change in income.

E. *Determination of Guidelines income*

(1) Pre-tax corporate income – s. 18

[61] Section 18 of the *Guidelines* reads as follows:

**Shareholder, director or officer**

**Actionnaires, administrateurs ou dirigeants**

**18(1)** Where a spouse is a shareholder, director or officer of a corporation and the court is of the opinion that the amount of the spouse's annual income as determined under section 16 does not fairly reflect all the money available to the spouse for the payment of child support, the court may consider the situations described in section 17 and determine the spouse's annual income to include

**18(1)** Si l'époux est un actionnaire, administrateur ou dirigeant d'une société, le tribunal peut, s'il est d'avis que son revenu annuel déterminé conformément à l'article 16 ne correspond pas fidèlement aux sommes disponibles pour payer une pension alimentaire pour enfants, tenir compte des situations visées à l'article 17 et inclure dans le revenu annuel :

(a) all or part of the pre-tax income of the corporation, and of any corporation that is related to that corporation, for the most recent taxation year; or

a) soit tout ou partie du montant de profit avant impôt de la société, et de toutes autres sociétés avec lesquelles elle est liée, pour la dernière année d'imposition;

(b) an amount commensurate with the services that the spouse provides to the corporation, provided that the amount does not exceed the corporation's pre-tax income.

b) soit un montant correspondant à la valeur des services qu'il fournit à la société, jusqu'à concurrence du montant de profit avant impôt de celle-ci.

**Adjustment to corporation's pre-tax income**

**Rajustement du profit avant impôt**

**(2)** In determining the pre-tax income of a corporation for the purposes of subsection (1), all amounts paid by the corporation as salaries, wages or management fees, or other payments or benefits, to or on behalf of persons with whom the corporation does not deal at arm's length must be added to the pre-tax income, unless the spouse establishes that the payments were reasonable in the circumstances.

**(2)** Aux fins de la détermination du profit avant impôt d'une société en application du paragraphe (1), les montants qu'elle paie, au titre notamment des salaires, rémunérations, frais de gestion ou avantages, aux personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance, ou au nom de celles-ci, sont ajoutés au profit avant impôt de la société, à moins que l'époux n'établisse qu'ils sont raisonnables dans les circonstances.

[62]

The *Guidelines* begin with the assumption that a payer's income for child support purposes will be assessed based on Line 150 of the T1 General Income Tax Return. Section 16 directs that Line 150 income can be adjusted in accord with Schedule III, s. 11, when there is a closely held corporation. To go further, before a court departs

from the Table amount, it must be satisfied that the s. 16 income is not the “fairest” determination. In this case, a comparison of the Line 150 incomes of the parties from 2014 shows:

Year	Father	Mother
2014	\$125,814.00	\$126,539.65
2015	\$97,895.95	\$101,806.37
2016	\$124,129.51	\$65,643.87
2017	\$55,046.99	\$74,168.90

[63] In *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300, Larlee J.A. adopted the reasons from *Wildman v. Wildman*, [2006] O.J. No. 3966 (C.A.) (QL), where the court concluded the husband had intentionally structured his business enterprises in such a way as to divert money for his personal use, and income was imputed to him on that basis. The result in that case is distinguishable on its facts. The court found the father was intentionally diverting corporate income to reduce the income available for child support, and this was an order in the first instance. There was no agreement.

[64] In *Wildman*, the court writes:

The purpose of s. 18 is to enable the courts to conduct a fair accounting of the money available for the payment of child support. Justice Martinson commented in *Baum v. Baum* (1999), 182 D.L.R. (4th) 715 at para. 128 (B.C.S.C.):

Valid corporate objectives may differ from valid child support objectives. The purpose of s. 18 is to allow the court to “lift the corporate veil” to ensure that the money received as income by the paying parent fairly reflects all of the money available for the payment of child support. This is particularly important in the case of a sole shareholder as that shareholder has the ability to control the income of the corporation. [...]

[para. 27]

[65] In this case, the application judge made no such finding. Although argued, there was no evidence the father was intentionally diverting income that would otherwise be available for child support. There was evidence, however, that both parties inflated

some of their business expenses. The judge added back to the incomes of both parents, specific business expenses she deemed to be unreasonable both under ss. 18 and 19, in addition to her findings of unreasonable capital cost allowance deductions.

[66] Schedule III, s. 11, distinguishes between capital cost allowances taken in respect of real property, which arguably appreciates in value, and that taken in respect of personal property, which depreciates in value. This distinction was noted in *Egan v. Egan*, 2002 BCCA 275, [2002] B.C.J. No. 896 (QL). *Egan* set out twelve factors to be considered prior to determining whether a capital cost allowance should be imputed (see also *Rudachyk v. Rudachyk*, [1997] S.J. No. 314 (Q.B.) (QL)). A court should not mechanically add back into pre-tax income the capital cost allowances, where there is evidence the deduction is reasonable for operational purposes (*Gosse v. Sorensen-Gosse*, 2011 NLCA 58, [2011] N.J. No. 331 (QL), at para. 74). Part of this examination includes a consideration of the pre-separation pattern of income of the corporation, comparing it to the post-separation pattern, to see if a parent is intentionally reducing his or her income through this deduction. The goal is not to strip the company of capital reasonably required to function: see *Richardson v. Richardson.*, 2013 BCCA 378, [2013] B.C.J. No. 1846 (QL). In *Kowalewich v. Kowalewich*, 2001 BCCA 450, [2001] B.C.J. No. 1406 (QL), the court identified the emerging presumption that pre-tax corporate income would be assumed to be available for child support purposes, in the absence of evidence to the contrary. It is generally accepted the onus rests with the payer to provide that evidence. See *Hausmann v. Klukas*, 2009 BCCA 32, [2009] B.C.J. No. 121 (QL), at paras. 51-52. Even if there had not been a separation agreement in this case, it is my view the father met that burden.

[67] Schedule III, s. 12, states that where a spouse earns income through a partnership or sole proprietorship, he or she may deduct any amount included in income that is properly required by the partnership or sole proprietorship for capitalization. In my opinion, the father, both through his evidence, and that of his accountants, established the operational needs of his companies, and that the capital cost allowance was not being used as an attempt to divert funds. In my view, the judge failed to take the operational needs of the companies into account when she defaulted to the opinion of the mother's

accountant. In doing so, she ignored the corporate economic realities, she attributed corporate income to the father personally, in a manner inconsistent with the economic day-to-day “calls” on corporate income, and she conflated corporate income with personal income. The judge decided the mother’s application without considering the parties’ intention when they negotiated their agreement. Simply put, there was no material change that would have permitted a court to re-engineer the agreement.

[68] In other words, as stated in *Epp*, when s. 18 is argued, the *Guidelines* require a court to first determine whether the child support order is reasonable, and, in the case of an operating company, there is an examination of the “call”, or debt position for operational purposes. It would not be reasonable to strip a company of its operational income, hence the discretionary nature of s. 18. In *Milton v. Milton*, 2007 NBQB 363, 326 N.B.R. (2d) 324, French J. (as he then was) observed that the analysis is different when dealing with a professional corporation as opposed to a true entrepreneurial business or enterprise for this purpose (paras. 49-52). I agree.

[69] As noted, the pre-tax income analysis kicks in when a court determines the Line 150 income does not represent the income truly available for child support purposes. Schedule III, s. 12, is concerned with “capitalization”. In *Ghosn v. Ghosn*, 2006 NSSC 2, [2006] N.S.J. No. 33 (QL), capitalization was described as the “cash” needed to operate on a day-to-day basis (para. 24). In *Boniface v. Boniface*, 2007 BCSC 1543, [2007] B.C.J. No. 2303 (QL), the court determined that capitalization, in the sense used by the *Guidelines*, is money paid out-of-pocket for the day-to-day expenses needed to generate gross income for the owner/operator of a business, and it correctly, in my view, distinguished those expenses from expenditures incurred for future acquisitions of income-generating properties. There are differing opinions with respect to this latter point. Some courts have concluded there is an inherent unfairness in not treating capital cost allowance as income due to the fact it is tax-deferred until the divestment of the asset, thus allowing for the potential manipulation of income (see *Grant v. Grant*, 2001 NSSF 13, [2001] N.S.J. No. 100 (QL)). The court in *Gosse* disagreed. See also *Murphy v. Bert*, 2007 NSSC 376, [2007] N.S.J. No. 543 (QL); *Richardson v. Richardson*; *Nesbitt v. Nesbitt*, 2001 MBCA 113, [2001] M.J. No. 291 (QL). The father argues that, in this case,



Schedule III, s. 12, applies, because capitalization for P. Inc. includes the “call” he needs for its day-to-day operations, which includes interest on the mortgage payments, financing the accounts receivables and paying the corporate bills.

[70] The mother submitted the father’s real estate investments were depleting his personal income. On this, the judge writes: “Rather it is the father who has decided not to maintain a healthy debt-to-equity ratio by continuing to ‘squeeze out’ of his companies any money he can in order to continue to build his own equity” (para. 110). She concluded that, following the execution of the separation agreement, most of the corporate funds were used to subsidize the “desired” corporate projects (para. 110). She found there was no “cogent” evidence presented to establish “calls” by the bank on the various lines of credit and the purpose for which the funds were used. She writes that the O. Ltd. financial statements made no reference to corporate debts, only those with people or entities that were not at arm’s length, and that the father had not met his burden of proof. I disagree.

[71] The judge, in this case, found “[...] the fact that it does not deal with CCA on corporate real estate does not preclude the exercise of the court’s discretion to make a fair determination of a payer’s *Guidelines* income by examining the CCA deducted as a corporate expense. The court can, under section 18 of the *Guidelines*, determine the reasonableness of such an expense as it directly affects the income of the corporation” (para. 96). This is a correct statement of the law; however, in defaulting to Mr. Whittaker’s opinion, it is my view the judge did not properly exercise her judicial function. It is judges who interpret legal principles, not experts (see *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182).

[72] Cromwell J. wrote in *White Burgess Langille Inman*, concerning the admissibility of expert opinions. The report of a chartered accountant that sets out his or her opinion concerning a parent’s income will be ascribed the weight a court believes it is due, on the facts; however, an accountant who expresses his or her legal opinion concerning the application of a particular rule or legislative authority, exceeds his or her jurisdiction and his or her opinion should be given no weight. In this case, the judge did

not explain why she preferred Mr. Whittaker's opinion over that of Mr. Logan, nor did she consider whether the separation agreement met the objectives of the *Act* and the *Guidelines*, as noted.

(2) Section 19 analysis

[73] Section 19(1)(g) provides that income may be imputed when it is concluded a spouse is unreasonably deducting business expenses from business income – sometimes referred to as the lifestyle analysis. In this case, s. 19 was pleaded in the alternative. The mother submitted: a) the father's business expenses were inflated; b) the father paid his partner, S.D., a salary, provided her with a cell phone and a vehicle, and those expenses should be added to his income; and c) that cash income either in kind, or through gift cards should be added to his income. It was the mother's position that up to \$90,000 should be imputed to the father under s. 19 of the *Guidelines* as a result. The mother testified that when they were together, the father transacted some of his business in cash which he used for vacations, gambling, recreational purposes and special purchases. However, much of the evidence on this issue was historic and was known to both parties at the time of separation. The judge added back these expenses under s. 18 and then arbitrarily added a further amount under s. 19.

[74] The father submitted that, if income were to be imputed to him on this basis, it should also be imputed to the mother, due to the fact the mother inflated her business expenses, changed the commission arrangement she had with her mother's real estate company post separation, was paying her mother an inflated commission, and was underutilizing her settlement funds by sheltering them in her holding company.

[75] The reasonableness of an expense for the imputation analysis falls under s. 19(2) of the *Guidelines*, which reads:

**Reasonableness of expenses**

(2) For the purpose of paragraph (1)(g), the reasonableness of an expense deduction is not solely governed by

**Caractère raisonnable des dépenses**

(2) Pour l'application de l'alinéa (1)g), une déduction n'est pas nécessairement considérée comme raisonnable du seul fait

whether the deduction is permitted under the *Income Tax Act*. qu'elle est permise en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[76] The mother deducted office space, equipment, a computer, TV screens, marketing, promotion, fees and dues, website costs, and social media costs. There was no breakdown, nor were there receipts, for certain expenses such as t-shirts, decorations, signs, frames, jars, magazine subscriptions, bathroom items, sponge towels and ice cream. There was a deduction for an at-home office in the amount of \$831. There were deductions for closing costs, gift cards, advertising, meals and entertainment, professional dues and business use of a motor vehicle. As noted, the mother altered her commission arrangement in a non-arm's length relationship with her mother after the separation agreement was signed.

[77] In 2016, the mother had a gross commission from real estate sales of \$181,937.63, from which she paid brokerage fees of \$12,735.63 and \$84,601 in fees to her mother's real estate company. In 2017, the mother's commissions were \$193,923.80, from which she paid 7% in brokerage fees and 50% of the balance to her mother's real estate company. The mother's assets, which totaled \$1,156,028.55 in August 2016, had grown to \$1,471,063.08 by 2018. By December 2017, the mother's holding company had \$475,000 in assets. The father submitted the mother's income should be imputed at \$186,279.31, consisting of \$144,274.31, plus investment income from the holding company which he calculated at \$42,000 per year. In the end, the judge determined: a) the at-home office deduction was disallowed; b) office supplies were not allowed on the basis these items were provided by the real estate company; c) advertising expenses were not allowed for the same reason; d) meals and entertainment expenses were allowed; e) professional dues were disallowed as they were paid by the real estate company; and f) the mother's personal use of her vehicle was allowed at 60%. In the result, the mother's net business income was determined to be \$71,276 for 2016, and \$82,582 for 2017.

[78] The judge rejected the father's submission that the funds in the mother's holding company were capable of earning 7% per annum on the basis the mother had no obligation to "make risky investments for the hope of a better return on investment" (para. 158). The mother's income for 2018 was calculated based on the 2017 figures.

[79] In adopting Mr. Whittaker's report, the judge added the amounts she determined to be tax-free benefits and ineligible business expenses taken by the father from his companies, including S.D.'s salary, cell phone and the car purchased for S.D., who had been hired by P. Inc. to act as a consultant. Those payments, broken down, total: (2016) \$3,725 (income), \$8,900 (cell phone); (2017) \$5,200 (income), \$8,900 (cell phone); (2018) best estimate – \$14,100. The judge added back to the father's income the sum of \$20,500 under s. 18, which she estimated, based on his post-trial brief, were personal benefits he received from the companies. These benefits were calculated as: a) gift cards: \$8,500; b) meals: \$4,000; and c) vehicles: \$8,000; for a total of \$20,500 plus tax gross up at 35% for a final total of \$27,695. She added a further arbitrary amount of \$15,000 under s. 19.

[80] Overall, I would not interfere with the judge's decision to add back the above expenses; however, I would add them under s. 19 of the *Guidelines*, not s. 18. She explained in detail how she arrived at her conclusions. This was a discretionary decision, and it was not unreasonable. Courts of appeal do not tinker. In this case, although there may have been some smaller line items that could have been adjusted in the father's favour, or added back to the mother's income, as argued by the father, this is not the role of an appellate court, as there were no palpable errors that would be considered overriding for this purpose. The decision is consistent with the Court's conclusion in *Milton*. As noted, however, even when one adds those amounts to the respective Line 150 incomes, the imputed income of \$130,000 set out in the separation agreement still remains reasonable, in my view.

(3) Failure to properly apply s. 17 of the *Guidelines*

[81] Section 17 allows a court to have regard to a spouse's income over previous 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. Before doing so, however, a court must be of the opinion the determination of income under s. 16 would not be the fairest for this purpose.

[82] As noted, the judge reviewed the business expenses deducted by both parties for personal use items. It was her opinion that both were taking unreasonable deductions, and she added back some of those expenses under ss. 18 and 19. The judge was not asked to, nor did she provide an analysis under s. 17. I would therefore dismiss this ground of appeal.

(4) Section 9

[83] Section 9 governs the analysis when there is a shared custody arrangement. The straight set-off is the starting point. The judge determined the set-off approach, which is what the parents had set out in their separation agreement, was reasonable, and she applied it without any further standard of living adjustment under s. 9(c).

[84] In *F.M. v. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 N.B.R. (2d) 240, this Court wrote:

Bastarache J. states in *Contino*:

The framework of s. 9 requires a two-part determination: first, establishing that the 40 percent threshold has been met; and second, where it has been met, determining the appropriate amount of support.

With respect to the second part of the determination, the litigious issue in the case at bar, courts across the country have struggled to develop an interpretation of s. 9 that is consistent with the *Guidelines*' objectives. While the approaches vary widely, they can be divided in two categories. One approach, similar to the approach used by the motions judge, can be described as the "formulaic approach". The other approach, which may be described as the "discretionary approach", eschews the use of formulae.

The specific language of s. 9 warrants emphasis on flexibility and fairness. The discretion bestowed on courts to determine the child support amount in

shared custody arrangement calls for the acknowledgment of the overall situation of the parents (conditions and means) and the needs of the children. The weight of each factor under s. 9 will vary according to the particular facts of each case. I will now consider each of the three s. 9 factors.

[paras. 37- 39].

Bastarache J. concludes his analysis with the following:

The determination of an equitable division of the costs of support for children in shared custody situations is a difficult matter; it is not amenable to simple solutions. Any attempt to apply strict formulae will fail to recognize the reality of various families. A contextual approach which takes into account all three factors enunciated by Parliament in s. 9 of the *Guidelines* must be applied. [para. 82]

[Emphasis in original.]

[...]

Professor Rollie Thompson, in “Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*” (2004), 42 R.F.L. (5th) 295, outlines the process a trial judge should follow for the s. 9 analysis once there is a finding the parents have a shared parenting arrangement. In his view a trial judge is required to:

- i. determine the straight set-off amount;
- ii. review the child expense budgets;
- iii. consider the ability of each parent to bear the increased costs of shared custody and the standard of living for the children in each household; and
- iv. distinguish between initial orders or agreements, and variations.

[paras. 18-19 and 26]

[85]

The Supreme Court has recognized there is judicial discretion in s. 9, consistent with flexibility and fairness, the objectives of the *Guidelines*, and a contextual and holistic interpretation of them. Bastarache J. observed in *Contino v. Leonelli-Contino*, 2005 SCC 63, [2005] 3 S.C.R. 217: “Any attempt to apply strict formulae will fail to recognize the reality of various families” (para. 82). I agree.

[86] Once the judge determined the respective incomes of the parents, she was obliged to do the s. 9 analysis, with the objectives of the *Guidelines* in mind. She referred to this Court's decision in *G.F.* and started the analysis with the straight set-off.

[87] The judge then reviewed the respective financial statements, with a particular emphasis on the parents' monthly expenses. In the end, the judge concluded that both parents had the ability and the wealth to meet the needs of the children, applying the straight set-off approach. I agree with her conclusion and I would not interfere with it. I see no error in her analysis on this issue. In my view, it was the correct result, in these circumstances, particularly, where the judge found the children were being properly cared for in both households and their respective standards of living were similar. I would dismiss this ground of appeal.

(5) Section 7

[88] Section 7 of the *Guidelines* provides that parents will *pro rate* eligible s. 7 expenses in shares that are proportionate to their respective incomes, once a determination of income has been made. Paragraph 6 of the Separation Agreement dealt with those expenses and required the parents to share them equally. The mother argued the expenses should be *pro rated*, retroactive to September 1, 2016, when she filed her application.

[89] The *pro rata* sharing of the special expenses was made effective April 1, 2019. The income levels for this purpose were set at \$454,484 (father) and \$82,582 (mother). The judge did not calculate the monthly amount to be paid effective April 1, 2019, nor was there an explanation as to why reimbursement for these expenses was not made retroactive to September 2016. Some of the expenses listed in the financial statements would not be eligible, and some may have been eligible for tax credits, or third-party reimbursement. In my view, it was an error not to make the adjustments retroactive to September 1, 2016. In the agreement, the s. 7 expenses were to be shared equally. If there are outstanding expenses that have not been reimbursed, they should be calculated and claimed. It is not possible for the Court to make the adjustments, because

we do not have sufficient information to do so. Given these reasons, the eligible s. 7 expenses would be shared equally, net of tax credits, subsidies or third-party payments.

(6) The judge erred when she imputed income for 2018

[90] The father contends the judge erred in her imputation analysis for 2018, by simply relying on the 2017 financial information. On this ground, the father correctly argues the judge should have required current year-to-date income information before she assessed the child support obligations for 2018. The *Guidelines* prescribe that current income information, year-to-date, is to be used for this purpose; however, in a case where there are corporations, where corporate year ends vary from the fiscal year end prescribed for individual taxpayers, different considerations may apply.

[91] This was not a straightforward case where the father and mother receive salaried income exclusively from a third-party at arm's length. This case was complicated by reason of the fact each of these parents has established financial relationships with other non-arm's length corporations and entities. Given the volume of financial disclosure, and the fact there was an established pattern of income, which varied slightly from year to year, it is fair to say the judge was in as good a position as she could have been, to estimate a level of income for both parents in the year 2018.

[92] As stated, annual financial disclosure is a requirement set out in the separation agreement; therefore, both parents would have the opportunity to revisit the child support calculations at year end, once the corporate filings were completed. I see no merit to this ground of appeal, and I would dismiss it.

(7) Failure to conduct an analysis under s. 4

[93] Section 4 permits a court to make an order for child support under s. 3 of the *Guidelines* when the payer's income for child support purposes exceeds \$150,000. If the court feels the Table amount is inappropriate, a court may order the Table amount for



the first \$150,000, an additional amount the court considers appropriate having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children.

[94] In this case, there were no reasons why the judge defaulted to the basic Table amount. One might conclude she was satisfied there was no need to deviate, given her finding the children were being adequately cared for in both households. I would dismiss this ground of appeal in any event, because it has been rendered redundant as a result of these reasons.

VII. Disposition

[95] I would allow the appeal, set aside the judge's disposition concerning child support, and uphold the terms of the separation agreement concerning child support. I would amend the corollary relief accordingly. I would set aside the cost award against the father in the amount of \$10,000 plus HST and disbursements, and order the mother to pay costs in the amount of \$5,000 plus HST.

[96] I would order costs in the amount of \$3,000 on the appeal.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] Notre Cour doit décider dans cet appel s'il est opportun de confirmer une certaine entente de séparation conclue au moyen du processus de droit collaboratif, entente dans laquelle il y a eu déviation par rapport aux *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/96-175 (les *Lignes directrices*), et au par. 15.1(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) (la *Loi*). Notre Cour doit décider dans cet appel si les dispositions d'aliments pour enfants dont ont convenu les parents sur les conseils des avocats et des comptables doivent être revues dans une situation où la mère soutient que le revenu attribué au père devrait être revu à la hausse par rapport à celui dont il a été convenu. En définitive, la mère a convaincu une juge d'augmenter le montant du revenu personnel du père en y rajoutant des déductions pour l'allocation du coût en capital, des frais d'entreprise et des profits avant impôt de société, obligeant ainsi le père à verser 142 280 \$ en aliments pour enfants. C'est de cette ordonnance qu'il fait appel en plaidant que le revenu dont il dispose pour l'entretien des enfants depuis la passation de l'entente de séparation n'a pas changé.

[2] L'un et l'autre des parents ont des revenus d'un travail indépendant qui fluctuent chaque année. Dans le but pratique d'éviter d'aller en cour, ils ont convenu d'attribuer à chacun d'eux un certain revenu aux fins de l'entretien des enfants. Le père est l'actionnaire unique de trois entreprises et a des intérêts dans une quatrième entreprise. La mère est une agente immobilière indépendante qui travaille pour une entreprise appartenant à sa mère et exploitée par celle-ci. Même si l'entente de séparation prévoit l'échange annuel de renseignements sur les revenus, à mon avis, cette disposition ne doit pas être interprétée de sorte à permettre que soit fixé de nouveau le revenu indiqué à la ligne 150 dans cette affaire où il n'y a aucune preuve de changement dans les pratiques comptables d'entreprise et où une juge constate que des arrangements

convenables ont été pris pour l'entretien des enfants dans le respect des objectifs des *Lignes directrices*.

## II. Plaidoiries

[3] Dans sa demande de divorce qu'elle a déposée le 11 août 2016, moins de quinze mois après la signature de l'entente de séparation, la mère réclamait ce qui suit :

[TRADUCTION]

iii) en vertu des art. 15.1 et 26 de la *Loi sur le divorce* et en vertu des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, une ordonnance obligeant l'intimé à verser à la requérante des aliments pour enfants correspondant au revenu de l'intimé calculé selon les *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*, mais dont la requérante ignore le montant à l'heure actuelle, qui tienne compte notamment de toute attribution à l'intimé d'un revenu jugé indiqué au regard des art. 18 et 19 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*.

[4] Le père a répondu ainsi :

[TRADUCTION]

6. a) Les parties ont conclu, le 1<sup>er</sup> juin 2015, une entente de séparation qui établit toutes les mesures exigibles en application de la *Loi sur le divorce*.
- b) Les demandes faites par la requérante dans sa demande en justice et son affidavit sont erronées, et je la mets au défi d'en prouver l'exactitude.
- c) Il n'y a eu aucun changement important dans la situation des parties qui puisse justifier les modifications à l'entente demandées par la requérante en l'espèce [...].

[5] L'état financier de la mère qu'elle a déposé avec sa demande indique un revenu annuel de 100 366,37 \$ aux fins de l'entretien des enfants conformément aux données de la ligne 150. L'état financier du père indique un revenu annuel de 97 895,12 \$

conformément aux données de la ligne 150. Dans l'entente, les parents étaient convenus d'attribuer un revenu de 130 000 \$ à chacun d'eux. La mère a plaidé que des revenus devraient être attribués au père pour des déductions pour l'allocation du coût en capital (l'amortissement) et pour des profits avant impôt que ses entreprises ont déduits dans le passé. La mère a aussi soutenu que des revenus devraient être attribués pour des avantages en espèces et des frais d'entreprise reçus et déduits par le père, dont certains étaient des pratiques commerciales connues à l'époque de la signature de l'entente de séparation.

[6] La juge a reconnu que [TRADUCTION] « les parties ont négocié l'entente de séparation au moyen d'un long processus de droit collaboratif. Elle est datée du 1<sup>er</sup> juin 2015. La mère et le père étaient représentés par des avocats différents. Des professionnels en comptabilité ont aussi donné des conseils relativement au partage de leurs actifs et passifs personnels et commerciaux » (par. 5); néanmoins, sans tenir compte davantage de l'entente, la juge s'est prévaluée des art. 18 et 19 des *Lignes directrices* pour changer au 1<sup>er</sup> septembre 2016 la prestation alimentaire pour enfants prévue à l'art. 3, et elle a ordonné que les dépenses prévues à l'art. 7 soient partagées au prorata à partir du 1<sup>er</sup> avril 2019.

### III. Contexte

[7] Les parties se sont mariées en 2002 et se sont séparées en 2014. Il y a deux enfants, qui avaient 9 ans et 6 ans à la date de la séparation. Pendant le mariage, le père a exploité plusieurs entreprises. La société H. Inc. offre des services d'aménagements paysagers, de déneigement, de réparations, de réfection, de rénovation, d'entretien, de nettoyage après sinistre, de gestion immobilière, de plomberie, d'électricité et d'autres services du genre, et elle achète, remet en état et revend des biens réels. Elle emploie environ 60 personnes. La société P. Inc. est propriétaire d'immeubles de rapport résidentiels et commerciaux; elle emploie entre six à dix personnes, qui travaillent également pour H. Inc. L'une et l'autre sociétés étaient de moyennes entreprises à l'époque de la séparation. Le père a témoigné qu'il les avait développées

petit à petit sur plusieurs années par son travail acharné. La mère a aussi collaboré activement à leur développement.

[8] Tout au long du mariage, la mère a travaillé comme agente immobilière sur commission pour le compte d'une entreprise appartenant à sa mère et exploitée par celle-ci.

[9] À la suite de la séparation en 2014, les parents ont entamé un processus collaboratif qui, comme il a été mentionné plus haut, a abouti à la signature d'une entente de séparation globale le 1<sup>er</sup> juin 2015. L'entente de séparation a réglé toutes les questions relatives à la garde des enfants, au droit d'accès, à l'entretien des enfants et à la prestation alimentaire matrimoniale. Elle contenait aussi des dispositions élaborées concernant le partage des biens et des dettes matrimoniales et non matrimoniales. La mère a obtenu un partage inégal. L'entente de séparation a prévu la garde partagée des enfants avec compensation simple pour l'entretien des enfants. Les dépenses prévues à l'art. 7 devaient être partagées en parts égales. Les deux parties étaient assujetties à une divulgation financière annuelle. L'entente prévoyait que les conditions relatives à l'entretien des enfants serviraient de fondement à une ordonnance de mesures accessoires si jamais l'un ou l'autre des parents devait déposer une demande de divorce dans l'avenir.

[10] Au procès, la mère a soutenu que le père sous-estimait son revenu puisque ses entreprises font des déductions pour l'allocation du coût en capital et que son niveau d'endettement d'entreprise et personnel s'est accru par suite d'acquisitions immobilières supplémentaires, et qu'il renforçait ses intérêts financiers au détriment de ses obligations d'aliments pour enfants. De plus, la mère a témoigné au sujet des pratiques commerciales cumulatives du père. Elle a soutenu que des revenus additionnels devraient lui être attribués en raison de ses déductions pour l'allocation du coût en capital et à cause du fait qu'il a reçu des avantages professionnels et en espèces sous forme notamment de vacances, de repas, de cartes-cadeaux et d'accès à des voitures de l'entreprise, y compris une autocaravane. Elle a soutenu que les 130 000 \$ convenus dans l'entente de séparation étaient très inférieurs à son véritable revenu pour l'application des *Lignes directrices*. La

juge a attribué au père des revenus de 511 338 \$ en 2016 et de 454 484 \$ pour les années 2017 et 2018.

[11] Le père a répondu que ses pratiques comptables étaient connues de la mère à l'époque de la négociation de l'entente de séparation et que sa situation financière n'avait pas changé, si ce n'est que ses entreprises étaient maintenant plus endettées et que les [TRADUCTION] « réclamations » sur son flux de trésorerie étaient plus pressantes. Il a soutenu que l'entente d'entretien d'enfants, ayant été convenue au moyen d'un processus collaboratif, était définitive et contraignante, sauf changements importants à leurs revenus respectifs qui n'étaient pas prévisibles à l'époque de la passation de l'entente. Le père a affirmé que le revenu de la mère était sous-estimé pour les mêmes raisons. Il a soutenu qu'elle aussi avait bénéficié d'avantages en tant qu'agente immobilière, qu'elle avait réclamé des déductions de façon déraisonnable, telles que des dépenses de bureau, des repas, des allocations de voiture, des fournitures de bureau, des cartes-cadeaux et des frais de publicité et qu'elle et sa mère avaient négocié une entente exorbitante de commission, visant à diminuer considérablement le revenu de la mère. Par-dessus tout, sans compter ces avantages-là, il a soutenu que le revenu de 130 000 \$ attribué à chacun d'eux avait été négocié à la lumière des facteurs susmentionnés et que c'était un compromis équitable compte tenu du fait que leurs revenus fluctuent d'une année à l'autre.

[12] La juge a entendu des témoignages contradictoires de la bouche de deux comptables agréés sur les questions de savoir si le revenu professionnel du père était soumis à des [TRADUCTION] « réclamations » et si le père faisait des déductions déraisonnables pour frais d'entreprise. Elle a abouti aux conclusions suivantes :

- a) Elle a confirmé l'entente des parties voulant qu'elles aient la garde partagée des enfants sous le régime de l'art. 9 des *Lignes directrices*.
- b) Le revenu du père pour 2016 a été évalué à 511 338 \$, donnant lieu à une prestation alimentaire mensuelle pour enfants de 6 442 \$. Le revenu de la mère a été évalué à 71 276 \$, donnant lieu à une prestation alimentaire

mensuelle pour enfants de 1 014 \$. La juge a appliqué une compensation simple pour conclure que le mari devait payer 5 428 \$ par mois en 2016 à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2016.

- c) Le revenu du père pour 2017 a été évalué à 454 484 \$, donnant lieu à une prestation alimentaire mensuelle pour enfants de 5 484 \$. Le revenu de la mère a été évalué à 82 582 \$, donnant lieu à une prestation alimentaire mensuelle pour enfants de 1 179 \$. La juge a appliqué une compensation simple pour conclure que le mari devait verser 4 306 \$ par mois en 2017.
- d) L'évaluation du revenu de 2017 allait servir de fondement au calcul des prestations alimentaires pour enfants pour 2018.
- e) Les dépenses spéciales admises au remboursement sous le régime de l'art. 7 des *Lignes directrices* seraient partagées au prorata.
- f) L'arriéré de prestation alimentaire pour enfants a été calculé pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2016 au 1<sup>er</sup> mars 2019 et fixé à 137 974 \$, conformément à une rectification de jugement; il était exigible avant le 30 juin 2019.
- g) Le partage au prorata des dépenses spéciales a été calculé à 85 p. 100 pour le père et à 15 p. 100 pour la mère, exigible à partir du 1<sup>er</sup> avril 2019.
- h) Le père devait continuer de maintenir une assurance-maladie et une assurance contre les frais dentaires au bénéfice des enfants.
- i) Le père a été condamné à des dépens de 10 000 \$ plus TVH, en plus des débours [TRADUCTION] « admissibles ».

[13] La juge a passé en revue comme elle devait le budget de chacun des ménages et elle a effectué l'analyse requise par les al. 9a), b) et c). À propos de l'al. 9c), elle a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je dois aussi me pencher sur les ressources des deux parties en ce qui concerne leur capacité de répondre aux besoins des enfants, compte tenu de leur entente de garde partagée. D'après la preuve qui a été présentée, je constate que les deux parents ont les ressources nécessaires pour répondre aux besoins de leurs enfants. Les enfants vivent dans des maisons confortables, ils participent à diverses activités et leurs besoins éducatifs sont pris en compte et satisfaits. Ils prennent leurs vacances avec les deux parents. Les enfants reçoivent de l'argent de poche. La preuve montre que les enfants n'éprouvent pas une baisse de niveau de vie lorsqu'ils passent d'une maison à l'autre. Les parents ont la capacité et la richesse nécessaires pour répondre aux besoins des enfants et leur offrir des styles de vie comparables. À la lumière de l'ensemble de la preuve et compte tenu des critères énoncés à l'art. 9 des *Lignes directrices*, je conclus que le montant indiqué des aliments pour enfant est celui rajusté par compensation conformément à l'al. 9a) des *Lignes directrices*. [Par. 174]

[14] La juge n'a pas estimé que les conditions du règlement avaient été :

- a) iniques;
- b) inéquitables;
- c) obtenues sans conseils juridiques opportuns;
- d) fondées sur une divulgation financière incomplète ou erronée;
- e) obtenues par fraude, assertions inexacts ou influence indue.

Voir *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303.

IV. Moyens d'appel

[15] L'avis d'appel additionnel du père contient de nombreux moyens d'appel.

Le père soutient que la juge :

- 1) a omis de prendre en considération et d'appliquer les par. 15(5), (7) et (8) ainsi que le par. 9(2) de la *Loi*, particulièrement après avoir conclu que des



arrangements raisonnables avaient été pris pour subvenir à l'entretien des enfants;

- 2) n'a pas appliqué correctement les objectifs des *Lignes directrices* énoncés à son art. 1;
- 3) a commis une erreur dans son attribution des revenus aux deux parties (art. 19);
- 4) a omis de prendre en considération correctement l'al. 9c) des *Lignes directrices*;
- 5) n'a pas appliqué correctement le par. 18(1) des *Lignes directrices*;
- 6) a omis d'appliquer correctement l'annexe III de l'art. 16 des *Lignes directrices*, particulièrement les art. 11 et 12 dans le contexte du revenu professionnel;
- 7) a omis de prendre en considération l'art. 7 de l'annexe III des *Lignes directrices*, lorsqu'elle a attribué le revenu professionnel en application du par. 18(1) et de l'art. 16, ainsi que de l'art. 11 de l'annexe III des *Lignes directrices*;
- 8) a omis d'appliquer correctement l'art. 17 des *Lignes directrices*;
- 9) a omis de prendre en considération correctement l'art. 4 des *Lignes directrices*;
- 10) n'aurait pas dû attribuer un revenu pour 2018 à partir de la divulgation financière donnée pour 2017.

[16] Comme certains des moyens d'appel se répètent et sont donc redondants, ils seront télescopés et examinés selon l'ordre dans lequel ils ont été plaidés.

V. Norme de contrôle

[17] Le présent appel soulève des questions concernant l'interprétation des contrats qui touchent à des questions de fait et de droit et, mises à part les questions de droit qui peuvent s'isoler, ces questions sont susceptibles de révision suivant la norme de l'erreur manifeste et dominante (voir *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, aux par. 50 à 53). Dans l'arrêt *Directcash ATM Management Partnership et autres c. Maurice's Gas & Convenience Inc. et autres*, 2015 NBCA 36, 437 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 292, notre Cour a affirmé ce qui suit :

Par conséquent, sur le fondement de l'arrêt *Sattva*, je conclus que l'interprétation contractuelle dans le cadre d'un appel ordinaire constitue maintenant principalement une question mixte de droit et de fait, où il faut déterminer les intentions objectives des parties au moyen d'une analyse de leurs relations commerciales ou des « circonstances ». Ces questions d'interprétation doivent être examinées en fonction de la norme de la décision correcte uniquement lorsqu'il est possible d'en isoler une question de droit. Les circonstances dans lesquelles une question de droit peut être isolée du processus d'interprétation sont « rares » : *Sattva*, par. 55. La Cour suprême a donné comme exemples d'erreurs de droit qui peuvent être isolées le fait d'appliquer le mauvais principe, de négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Ce principe a été examiné récemment par le juge d'appel Slatter dans l'arrêt *Northwest Territories (Attorney General) c. Association des parents ayants droit de Yellowknife*, 2015 NWTCA 2, [2015] N.W.T.J. No. 4 (QL).

[Par. 17]

Voir aussi *Keough c. Sandfire Capital Limited Partnership*, 2016 NBCA 50, 452 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 233.

[18] De plus, le présent appel soulève des questions d'interprétation des lois. Dans l'arrêt *Province du Nouveau-Brunswick c. Grant Thornton*, 2020 NBCA 18,

[2020] A.N.-B. n° 70 (QL), au par. 90, le juge d'appel Drapeau écrit que le sens d'une disposition législative « doi[t] être détermin[é] en interprétant cette disposition conformément à la méthode contextuelle qui a été adoptée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL). Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (par. 21). » L'approche interprétative requise s'inspire de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, notamment à son art. 17, qui dispose :

**17.** Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

**17.** Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Voir aussi la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, à son art. 12.

[19] Nous ne sommes tenus à aucune déférence envers la décision d'un juge lorsqu'il s'agit de l'examen d'une question de droit et de l'interprétation d'une disposition législative (*Ministre de la Justice et de la Consommation c. J.R., C.R., ministre du Développement social, S.M.R. et R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 377). Voir *VSL Canada Ltée c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents du travail et Duguay et autres*, 2011 NBCA 76, 376 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 292; *Noron Inc. c. Ville de Dieppe*, 2017 NBCA 38, [2017] A.N.-B. n° 231 (QL); *Dykstra c. Éleveurs de bovins du Nouveau-Brunswick, corps constitué établi sous le régime de la Loi sur les produits naturels*, L.N.-B. 1999, ch. N-1.2, 2018 NBCA 5, [2018] A.N.-B. n° 6 (QL); *Northrup c. Windsor Energy Inc. et autre*, 2017 NBCA 37, [2017] A.N.-B. n° 219 (QL); *La ville de Rothesay et Bird Construction Group c. Fundy Bay Holdings Ltd.*, 2019 NBCA 15, [2019] A.N.-B. n° 37 (QL).

## VI. Analyse

### A. *Pouvoir discrétionnaire*

[20] À mon avis, l'approche universelle à l'interprétation des *Lignes directrices* a été rejetée par le législateur. Comme nous le verrons plus loin, si ce n'était pas le cas, le pouvoir discrétionnaire de dévier des *Lignes directrices* n'aurait pas été accordé dans le cas où le tribunal conclut que des arrangements raisonnables ont été pris pour l'entretien des enfants. Lorsque la garde d'un enfant est partagée, que des revenus sont attribués, que les revenus sont supérieurs à 150 000 \$ ou que des sociétés à actionnariat restreint sont en cause, le tribunal a la possibilité d'approuver une entente d'entretien d'enfant prévoyant l'attribution de revenus, pourvu que les objectifs des *Lignes directrices* soient atteints et que le tribunal consigne ses motifs. À mon avis, les ententes doivent être respectées, à moins qu'elles n'atteignent pas les objectifs des *Lignes directrices* ou qu'elles soient viciées au regard de l'arrêt *Miglin*.

[21] Je suis d'accord qu'un tribunal peut annuler une disposition alimentaire ou une renonciation alimentaire, si l'omission de faire ainsi faisait en sorte que les objectifs énoncés dans les *Lignes directrices* et la *Loi* ne seraient pas atteints par certaines des dispositions relatives à l'entretien d'un enfant. Le tribunal n'est pas lié par les dispositions d'une entente qui concernent l'entretien d'un enfant, même celles incorporées à une ordonnance judiciaire, s'il conclut qu'elles sont insuffisantes (voir *Willick c. Willick*, [1994] 3 R.C.S. 670, [1994] A.C.S. n° 94 (QL)). Enfin, je suis d'accord que les juges ne doivent pas se contenter d'approuver aveuglément les ententes (voir *A.S.L. c. L.S.L.*, 2020 NBCA 15, [2020] A.N.-B. n° 63 (QL)), mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'espèce, même après avoir conclu que des arrangements convenables avaient été pris pour l'entretien des enfants et sans que la preuve lui eût démontré que les pratiques comptables du père avaient changé depuis la signature de l'entente de séparation, la juge a procédé à une augmentation considérable du revenu du père indiqué à la ligne 150 et à la modification de la prestation alimentaire pour enfants.

[22] Comme la juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *Richardson c. Richardson*, [1987] 1 R.C.S. 857, [1987] A.C.S. n° 30 (QL) :

La pension alimentaire de l'enfant, comme les droits de visite, est un droit subjectif de l'enfant [...]. Pour cette raison, le conjoint ne peut aliéner le droit de son enfant à des aliments dans une convention. Le tribunal peut toujours intervenir pour fixer le niveau approprié des aliments à verser à l'enfant [...] [P. 869].

[23] Dans l'arrêt *L.S. c. E.P.*, 1999 BCCA 393, [1999] B.C.J. No. 1451 (QL), la cour déclare :

[TRADUCTION]

Un principe fondamental du droit contemporain en matière d'entretien d'enfant veut que le droit à l'entretien appartienne à l'enfant, non au parent. [...] Comme le droit appartient à l'enfant, le parent gardien ne peut y renoncer ou en être déchu à cause de sa négligence, de son retard à agir ou de son manque de diligence pour le faire respecter.

[Par. 58]

Voir aussi les propos du juge Bastarache dans *D.B.S. c. S.R.G.*; *L.J.W. c. T.A.R.*; *Henry c. Henry*; *Hiemstra c. Hiemstra*, 2006 CSC 37, [2006] 2 R.C.S. 231.

[24] Le parent qui veut prendre avantage d'une exception aux *Lignes directrices* doit remplir, en deux temps, deux conditions : d'abord, il doit convaincre le tribunal que les dispositions actuelles avantagent, même indirectement, l'enfant ou que des dispositions spéciales ont été prises à l'avantage de l'enfant; puis, si la première étape est réalisée, il doit convaincre le tribunal qu'il serait inéquitable d'appliquer les *Lignes directrices*. Voir *Epp c. Robertson*, [1998] S.J. No. 684 (C.B.R.) (QL).

[25] Dans l'affaire *Epp*, la juge Wilkinson conclut ainsi :

[TRADUCTION]

Une fois que la présence de dispositions spéciales a été constatée, il faut décider si, compte tenu de ces dispositions, le montant des aliments pour enfant que donnent les *Lignes directrices* serait inéquitable. Comme il

a été dit dans les affaires *Wang c. Wang*, [1997] B.C.J. No. 1678 (QL) (C.S.C.-B.) [en cabinet] et *Eilers c. Eilers*, [1998] B.C.J. No. 1021 (QL) (C.S.C.-B.), le terme « inéquitable » se rapporte aux parties et exige un examen à la fois de la situation des parties à la source de l'ordonnance ou de l'entente et de leur situation à l'époque de la demande. Pareille interprétation reconnaît les concessions mutuelles faites lors des discussions du règlement ainsi que la corrélation des clauses appelées à composer l'entente de règlement ou l'ordonnance. [Par. 20]

[26] Des considérations semblables s'appliquent dans le cas où un des parents demande la modification d'une entente, lorsqu'il a été prévu que les conditions de l'entente donneraient lieu à une ordonnance judiciaire. La juge Quigg, parlant au nom de notre Cour dans l'affaire *Q.D.T. c. H.L.D.*, 2020 NBCA 19, [2020] A.N.-B. n° 71 (QL), a cité *Dedes c. Dedes*, 2015 BCCA 194, [2015] B.C.J. No. 883 (QL) :

[TRADUCTION]

[...]

La relation entre les arrêts *Gordon* et *Willick* a été abordée par notre Cour dans l'affaire *Turpin c. Clark*, 2009 BCCA 530 (autorisation d'appel refusée, [2010] S.C.C.A. n° 5), où la Cour a examiné le critère approprié à appliquer pour l'examen d'une demande de modification d'une ordonnance par consentement rendue sous le régime de la *Loi sur le divorce* :

[TRADUCTION]

[46] Le critère pour établir un changement important de situation a été énoncé dans l'arrêt *Willick*, dans le contexte d'une demande de modification visant à augmenter la prestation alimentaire pour enfant, comme étant un changement qui, s'il avait été connu au moment où l'ordonnance antérieure a été rendue, se serait vraisemblablement traduit par une ordonnance différente (à la p. 688). Dans *Carter c. Carter* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 45, 34 R.F.L. (3d) 1 (C.A.), un changement important de situation a été décrit, dans le contexte d'une demande de modification visant l'annulation d'une prestation alimentaire matrimoniale, comme étant un changement qui était [TRADUCTION] « important, imprévu et permanent ». Dans *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, il a été

décrit, dans le contexte d'une demande de modification de la garde d'un enfant, comme étant un changement qui « doit ne pas avoir été prévu ou ne pouvoir raisonnablement l'avoir été par le juge qui a prononcé l'ordonnance initiale » (par. 13).

[47] Dans une tentative de réconcilier ces différentes formulations du critère, le juge Lambert, dans l'affaire *Stones c. Stones*, 2004 BCCA 99, 48 R.F.L. (5th) 223, a redéfini la version du [TRADUCTION] « changement prévisible » du critère, se concentrant sur les changements imprévus qui n'étaient pas envisagés par les parties au moment où elles ont signé leur entente :

[TRADUCTION]

[15] À mon avis, la question de savoir ce qui constitue un changement important de situation peut varier d'un cas à l'autre. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne la prévisibilité. Il y a un groupe d'affaires dans lesquelles on a décidé qu'un départ à la retraite, même à l'âge de la retraite qui est fixé par l'employeur ou par une convention collective, peut constituer un changement important de situation, bien que ce changement puisse manifestement être prévisible.

[16] Je suppose que la question devrait réellement être posée dans chaque cas de savoir si la situation donnée était une situation que les parties devaient avoir envisagée et prévue dans l'élaboration de leur entente. Peut-être s'agit-il d'un changement que les parties fussent prêtes à exclure du cadre de leur entente pour cause de complexité ou pour toute autre raison, de sorte que, lorsqu'il survient, il s'agit d'un changement important de situation, même si les parties savaient que le changement surviendrait à un moment ou un autre.

[Par. 21]

[Soulignements dans l'arrêt *Turpin*.]

[Par. 13]

B. *Antécédents législatifs*

[27] Depuis 1985, avec la promulgation de la version modifiée de la *Loi*, s'est développée une tendance vers les modes substitutifs de résolution des différends en droit de la famille. Le par. 9(2) oblige l'avocat à « discuter avec son client de l'opportunité de négocier les points qui peuvent faire l'objet d'une ordonnance alimentaire ou d'une ordonnance de garde et de le renseigner sur les services de médiation qu'il connaît et qui sont susceptibles d'aider les époux dans cette négociation. »

[28] Dans l'arrêt *Miglin*, la Cour suprême a conclu que le par. 9(2) de la *Loi* confirme l'intention du législateur d'encourager les règlements négociés. Pour convaincre le tribunal de passer outre à une entente, il ne suffit pas à une partie de faire valoir qu'un juge de première instance aurait ordonné différemment, s'il n'y a aucune preuve de fraude, d'influence indue, d'assertions inexactes, de divulgation financière incomplète ou de dispositions nettement inéquitables en matière d'aliments pour enfant.

[29] À la suite de la promulgation de la *Loi* en 1985, les services de médiation offerts à cette fin se sont répandus plus largement au Canada. Les couples ont été encouragés à régler leurs différends. Cet objectif a été inscrit encore plus résolument dans les récentes modifications apportées à la *Loi*. Sous le régime du projet de loi C-78, non encore en vigueur, les conseillers juridiques seront tenus par la *Loi* d'informer leurs clients des services de justice familiale qui sont susceptibles de les aider à résoudre leurs problèmes et d'encourager leurs clients à s'en prévaloir, sauf contre-indication manifeste. Du point de vue de l'ordre public, la résolution consensuelle est source d'épargne de temps et d'argent aussi bien pour l'administration de la justice que pour les parties.

[30] Cette nouvelle approche aux litiges familiaux a été inscrite dans les *Lignes directrices*, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1997. L'article 1 énonce les objectifs législatifs :

**1** The objectives of these Guidelines are

**(a)** to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the

**1** Les présentes lignes directrices visent à :

**a)** établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de



financial means of both spouses after separation;

**(b)** to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

**(c)** to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

**(d)** to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation ;

**b)** réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif ;

**c)** améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires ;

**d)** assurer un traitement uniforme des époux et enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

[31] Le professeur Julien D. Payne et Marilyn A. Payne ont écrit, dans leur ouvrage *Child Support Guidelines in Canada, 2017* (Toronto, Irwin Law, 2017) :

[TRADUCTION]

Depuis le 1<sup>er</sup> mai 1997, les droits et les obligations relatifs à l'entretien d'enfant et régis par la *Loi sur le divorce* ont changé radicalement. Le régime de la *Loi sur le divorce* qui s'appliquait autrefois en cette matière et qui était fondé sur l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire illimité a été rejeté par le gouvernement, parce que jugé imprévisible, incohérent, onéreux et injuste envers les enfants. [P. 1]

[32] Est inscrit dans les *Lignes directrices*, comme nous l'avons dit, le pouvoir d'entériner des règlements négociés qui s'en éloignent, à condition que le règlement soit fidèle aux exceptions énoncées au par. 15.1(5) de la *Loi*. C'est ce qui arrive lorsque le tribunal est convaincu que des dispositions spéciales d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente écrite relatif aux obligations financières des époux ou au partage ou au transfert de leurs biens accordent directement ou indirectement un avantage à un enfant pour qui les aliments sont demandés, ou que des dispositions spéciales ont été prises pour lui accorder autrement un avantage, et que l'application des *Lignes directrices* serait

inéquitable (voir Payne et Payne, à la p. 5). Les ordonnances par consentement des époux sont incluses.

[33] Le par. 15.1(5) de la *Loi* autorise le tribunal à fixer un montant différent de celui qui serait déterminé conformément aux *Lignes directrices* s'il est convaincu, à la fois :

(a) that special provisions in an order, a judgment or a written agreement respecting the financial obligations of the spouses, or the division or transfer of their property, directly or indirectly benefit a child, or that special provisions have otherwise been made for the benefit of a child; and

a) que des dispositions spéciales d'un jugement, d'une ordonnance ou d'une entente écrite relatif aux obligations financières des époux ou au partage ou au transfert de leurs biens accordent directement ou indirectement un avantage à un enfant pour qui les aliments sont demandés, ou que des dispositions spéciales ont été prises pour lui accorder autrement un avantage;

(b) that the application of the applicable guidelines would result in an amount of child support that is inequitable given those special provisions.

b) que le montant déterminé conformément aux lignes directrices applicables serait inéquitable eu égard à ces dispositions.

[34] Il existe peu de précédents au Nouveau-Brunswick dans lesquels cet article a été appliqué; cependant, le juge Guerette l'a examiné dans *McIllwraith c. McIllwraith* (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 391, [1999] A.N.-B. n° 129 (C.B.R.) (QL). Il disait : [TRADUCTION] « Lorsque des parties demandent à un tribunal de confirmer leurs arrangements privés pour les aliments d'un enfant parce qu'elles sont d'avis qu'ils satisfont à leur situation, le tribunal ne devrait pas les modifier à la légère. De tels arrangements, lorsqu'ils ont été pris librement, constituent une manifestation importante de la volonté des parties de résoudre les questions en litige entre elles et, en conséquence, le tribunal devrait leur accorder une importance appropriée. » (par. 20). Voir aussi *Trafton c. Trafton*, [1999] A.N.-B. n° 239 (C.B.R.) (QL); *Koot c. McLaren*, 2003 SKQB 129, [2003] S.J. No. 214 (QL). En l'espèce, même si une seule des parties demandait que les arrangements d'entretien d'enfant soient changés, les mêmes principes s'appliquent. Lorsque le par. 15.1(5) entre en jeu, le tribunal est tenu de veiller à ce que des arrangements convenables aient été pris pour l'entretien des enfants à charge.

[35] Vers la fin des années 1990, les conditions au Canada étaient mûres pour l'introduction du processus de droit familial collaboratif (le DFC). Dans l'arrêt *Noble et O'Brien c. Arsenault et Arsenault*, 2014 NBCA 39, 420 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 133, la juge d'appel Quigg retrace ainsi la genèse et les paramètres du DFC :

Le processus de droit familial collaboratif a acquis une popularité de plus en plus grande au Canada au cours des dernières décennies parce qu'il vise à ce que la séparation et le divorce soient abordés d'une façon holistique et non conflictuelle. Le droit familial collaboratif se veut un processus de résolution des conflits dans le cadre duquel les clients et leurs avocats se réunissent en privé et essaient d'en arriver à un règlement amiable grâce à la coopération et au dialogue. Wanda Wieggers et Michaela Keet, auteures de l'article intitulé « Collaborative Family Law and Gender Inequalities: Balancing Risks and Opportunities » (2008), 46 *Osgoode Hall L.J.* 733, font une description succincte du processus de droit collaboratif :

[TRADUCTION]

Dans le présent article, nous examinons la question de savoir si, et de quelle façon, les traits distinctifs du droit collaboratif atténuent l'incidence et l'importance des inégalités de genre dans la négociation des litiges ressortissant au droit de la famille. Tout d'abord mis au point par des avocats aux États-Unis, le droit collaboratif a été décrit comme un « changement de paradigme » dans l'exercice du droit. Une des caractéristiques qui distinguent le droit collaboratif est le rôle que jouent les avocats dans le processus de règlement amiable. Le droit collaboratif cherche à mettre à profit les avantages qu'apportent la participation des clients et les négociations fondées sur leurs intérêts au moyen du rôle actif que jouent les avocats à la fois comme coordonnateurs du processus et intervenants. Contrairement à ce qui se passe dans le cadre des négociations ou du contentieux traditionnels, les avocats de droit collaboratif s'engagent à respecter un ensemble de valeurs transparentes qui insistent sur l'importance des besoins de leurs clients sur le plan affectif et sur celui de la participation, sur la possibilité d'un résultat créatif et sur l'interdépendance des parties. Élément qui le

distingue également de la plupart des processus de règlement amiable, le droit collaboratif exige qu'avocats et clients travaillent de concert lors de séances ouvertes auxquelles tous participent en vue du règlement de leur différend.

De plus, le processus de droit collaboratif est habituellement structuré suivant les règles d'engagement et de désengagement qui sont énoncées dans les conventions que passent les clients et leurs avocats. La teneur de ces conventions varie d'une province ou d'une région à l'autre, mais celles-ci prescrivent généralement la divulgation complète de tous les renseignements pertinents dans le cadre des séances réunissant les deux parties et leurs avocats et obligent les avocats à cesser d'occuper pour leurs clients si le processus ne donne pas lieu à un règlement amiable. À ce jour, le processus de droit collaboratif, tant au Canada qu'aux États-Unis, est principalement limité au domaine du droit de la famille. [P. 735]

Si de nombreuses parties ont préféré le droit familial collaboratif au contentieux habituel, c'est parce qu'il met l'accent sur la participation du client et l'atteinte d'un consensus, par opposition au système accusatoire que beaucoup jugent antagoniste et aliénant : voir l'article de Cristin Schmitz, intitulé « Collaborative Lawyers Must Observe Same Standard as Family Law Litigators: Alta. CA » (2011), 30 *The Lawyers Weekly* 38 (QL). Les parties acceptent de négocier lors de réunions [TRADUCTION] « à quatre » (savoir des réunions auxquelles participent les deux parties et leurs avocats) auxquelles toutes les parties doivent prendre une part active. Dans le cadre du processus de droit familial collaboratif, les avocats ne plaident pas leur cause, ils sont censés aider à façonner et à orienter le processus. Les clients ont des décisions importantes à prendre en ce qui concerne le règlement amiable de leur différend au lieu de s'en remettre à leurs avocats afin qu'ils représentent leurs intérêts. Les parties s'engagent habituellement dans le processus de droit familial collaboratif en signant un accord de participation ou un contrat de droit collaboratif aux termes duquel elles s'engagent à renoncer à recourir au contentieux et à suivre le processus de droit familial collaboratif. Le processus prend fin subitement si l'une ou l'autre partie engage une poursuite ou menace d'engager une poursuite et les services

de l'un ou l'autre avocats ne peuvent pas être retenus aux fins de cette poursuite : voir l'article de Donalee Moulton, intitulé « Collaborative Family Law and Mediation are Similar but Different » (2002), 22 *The Lawyers Weekly* 5 (QL). Suivant les principes dont participe le processus de droit familial collaboratif, [TRADUCTION] « le droit collaboratif crée une “gaine” métaphorique autour des avocats et de leurs clients pour les aider à se concentrer sur la négociation. Le droit collaboratif crée cette gaine au moyen d'un accord mutuel de retrait qui interdit aux deux avocats de continuer à représenter leurs clients si l'une ou l'autre partie choisit d'interrompre le processus de droit collaboratif et d'engager une poursuite » : voir l'article de John Lande, intitulé « Possibilities for Collaborative Law: Ethics and Practice of Lawyer Disqualification and Process Control in a New Model of Lawyering » (2003), 64 *Ohio St. L. J.* 1315, à la p. 1322.

Dans le cadre de ce processus, l'avocat a notamment pour rôle de faciliter le dialogue, de chercher à obtenir un règlement amiable mutuellement avantageux et de recueillir des renseignements, ce qui peut obliger les parties à divulguer différents genres de renseignements (notamment financiers) ou à retenir les services de spécialistes des questions financières ou de la psychologie : voir l'article d'Anu Osborne, intitulé « The Shift Required of the Family Lawyer is from Zealous Representation to Problem Solving, Educating, Role Modeling and Facilitating » (2005), 24 *The Lawyers Weekly* 34 (QL).

Toutefois, bien que les avocats de droit familial collaboratif s'engagent à en arriver à une entente qui avantage les deux parties, ils ne sont pas, à la différence des médiateurs, des acteurs neutres dans le processus et ils ont la responsabilité fondamentale de donner des conseils juridiques à leur client pendant toute la durée du processus. Les avocats de droit familial collaboratif doivent prendre part au processus et conseiller leurs clients du mieux qu'ils le peuvent tout en s'efforçant de conserver une atmosphère de coopération et d'intégrité qui favorise l'émergence d'une solution mutuellement avantageuse pour les deux parties : voir l'arrêt *Webb c. Birkett*, 2011 ABCA 13, [2011] A.J. No. 54 (QL).

L'exercice du droit familial collaboratif varie d'un ressort à l'autre mais les paramètres généraux du processus sont habituellement fixés au moyen des accords de participation

que passent les clients et les avocats avant le début du processus. [Par. 19 à 23]

[36] Des objectifs légitimes d'ordre public sont à la base des règlements dans les affaires familiales. Dans l'arrêt *Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL), la juge McLachlin déclare ce qui suit :

Les ententes entre les parents devraient être la règle et doivent être encouragées puisque les parents sont généralement les mieux placés pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. En outre, ces ententes minimisent les conflits et litiges continuels entre les parents, conflits qui ne sont manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant. En dépit de leurs limites, les recherches sur l'impact de tels conflits sur l'affectivité des enfants confirment amplement cette observation de pur bon sens. Voir l'arrêt *Young*, [...] à la p. 80 (le juge L'Heureux-Dubé); N. Weisman, [...] aux pp. 54 à 61; R. Krell, « The Emotional Impact on Children of Divorce and Custody Disputes », dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 175. [Par. 114]

[37] La présente affaire invite notre Cour à examiner le rôle des tribunaux dans ce contexte. Les deux parents ont reçu des conseils comptables concernant les déductions prises par les entreprises du mari, en fonction de l'actif qui existait à l'époque de la négociation de leur entente. Ils ont conclu l'entente après divulgation financière complète. Ils ont tous deux bénéficié de conseils juridiques indépendants. Ils ont convenu de s'attribuer mutuellement un revenu de 130 000 \$, montant qui ne représentait pas les revenus véritables de chacun, à cause de la nature changeante de leurs revenus d'un travail indépendant. Il y a eu, à cette fin, échange d'états financiers et préparation de budgets. Comme l'a dit la juge, des arrangements raisonnables ont été pris pour l'entretien des enfants. Il est vrai que l'entente prévoyait la possibilité de rajustements annuels des aliments pour enfants, mais ces rajustements se feraient en fonction des revenus. Advenant la survenance de changements importants au revenu d'un des parents, s'agissant du revenu attribué dans l'entente de séparation, ce parent pouvait demander des modifications aux aliments convenus pour les enfants. Il n'y avait pas d'obstacle à ce que l'un ou l'autre des parents sollicite des modifications au montant des aliments pour enfants dans de telles circonstances; cependant, comme nous allons l'expliquer, ce qui est

arrivé en l'espèce est bien différent de ce qui était envisagé dans l'entente. Moins de quinze mois après la passation de l'entente, la mère a demandé au tribunal d'attribuer un revenu au père en fonction du fait qu'il appliquait à son revenu d'entreprise des déductions pour l'allocation du coût en capital, pratique dont elle était au courant à l'époque de la passation de l'entente et dont le règlement global avait tenu compte.

[38] Dès le début, la cause de la mère a été présentée non pas sous l'angle d'un changement important survenu au revenu, mais d'une interprétation législative : [TRADUCTION] « La question en litige se rapporte simplement à l'interprétation qu'il faut donner aux *Lignes directrices* à l'égard des états financiers actuels. » Et d'ajouter : [TRADUCTION] « [...] il n'est pas dans notre propos de réévaluer ce qui s'est passé par rapport à la résolution du partage des biens; cela est déjà fait. Notre propos consiste simplement à analyser la situation financière actuelle à partir des états financiers que les parties tiennent de M. Neal. » Autrement dit, ce n'était pas une question de divulgation financière. La question qui aurait dû se poser était de savoir si un changement avait eu lieu dans les revenus des parties qui eût justifié une modification des aliments pour enfants.

[39] À mon avis, la juge saisie de la demande ne s'est pas penchée sur la question de savoir si les sources de revenus du père avaient changé. Elle a appliqué de façon machinale les *Lignes directrices*, sans examiner si les conditions de l'entente atteignaient ou non les objectifs de la *Loi* et des *Lignes directrices*. Modifier de telles ententes, alors que le tribunal constate qu'il y a eu divulgation financière complète et que des arrangements convenables ont été pris pour l'entretien des enfants, va à l'encontre des objectifs d'ordre public de la *Loi* et des *Lignes directrices* en ce qui concerne les règlements intervenus. Les états financiers laissaient voir que le père n'avait pas changé la façon dont ses entreprises déclaraient leurs revenus. La mère était au courant de ces pratiques à l'époque de la négociation de l'entente, comme le confirme le témoignage qu'elle a livré à l'audience. Certains changements étaient survenus dans leurs frais d'entreprise respectifs. Par exemple, les arrangements financiers de la mère avec sa mère concernant le paiement de commissions avaient changé, de même que certains de ses frais d'entreprise. Le père a aussi admis pour sa part avoir réclamé de nouvelles

déductions pour ses frais d'entreprise. Il payait un salaire à son amoureuse et mettait à sa disposition une voiture de fonction. Ces changements seront examinés lorsque nous aborderons l'art. 19 des *Lignes directrices*.

C. *L'entente*

[40] Comme nous l'avons dit plus haut, les parents ont convenu de partager la garde des deux enfants conformément à une annexe précise. L'alinéa 2c) de l'entente de séparation disposait que [TRADUCTION] « pour l'année 2014 » des revenus de 130 000 \$ leur étaient attribués et les dépenses spéciales seraient payées par eux à parts égales. Aux al. 6a) et b), les aliments pour enfants ont été évalués par compensation simple, à partir du revenu attribué, à 1 789 \$. L'alinéa 6g) disposait que, compte tenu des ressources, des besoins et des dépenses spéciales des enfants, chaque parent assumerait ses propres frais de garde d'enfants. Les dépenses spéciales étaient énoncées à l'al. 6k). L'entente prenait acte du fait que les ressources des parents étaient assez comparables. Naturellement, cela devait inclure le partage de l'actif.

[41] Les al. 6m) et n) disposaient que, aux fins du rajustement de la prestation alimentaire pour enfants, les parents devaient s'échanger leurs déclarations de revenus ainsi que leurs avis de cotisation au plus tard le 15 mai de chaque année et que [TRADUCTION] « tout changement s'avérant nécessaire à la prestation alimentaire pour enfants ou au ratio des dépenses prévues à l'art. 7 fera l'objet d'un accord et sera mis en application » à partir du 1<sup>er</sup> juin de cette année-là. Faute d'en arriver à un accord, l'un ou l'autre parent pouvait demander une ordonnance du tribunal.

[42] L'entente prévoyait un partage détaillé de l'actif et du passif, tant matrimonial que non matrimonial. Le père est l'actionnaire unique et l'exploitant de deux entreprises, P. Inc. et H. Inc., comme nous l'avons dit. Il est aussi copropriétaire de O. Ltd., qui exerce ses activités en situation déficitaire. Il a constitué S.W.S. Inc. à la suite de la séparation. Au par. 12 de l'entente, le père a accepté de payer à la mère 1 324 000 \$ pour ses intérêts dans P. Inc. et H. Inc. Il a payé une somme additionnelle à



la mère en tant que paiement de péréquation pour le partage de l'ensemble de l'actif. Un programme élaboré de paiements a été établi à l'al. 12c).

[43] Le père a pris en charge environ 237 687 \$ de dettes, y compris l'hypothèque sur le foyer matrimonial et une marge de crédit de la RBC associée à son entreprise. Une entente modificative du 28 août 2015 a changé les conditions de l'entente relatives au transfert du foyer matrimonial, prévoyant un paiement de 423 000 \$ à la mère au plus tard le 30 septembre ainsi qu'un paiement complémentaire de 61 000 \$ sur [TRADUCTION] « achèvement des rénovations » et un paiement additionnel de 61 000 \$ à la vente de la maison [TRADUCTION] « ou » dans les douze mois suivant la date à laquelle le père deviendra propriétaire de la maison.

D. *La preuve*

[44] En 2016, le père a acheté un terrain, qu'il a ensuite revendu à P. Inc. pour exploitation. En 2017, P. Inc. a fait l'acquisition d'un bien commercial au prix de 5,7 M\$. Ce dernier achat a été financé de la manière suivante :

- 1) Hypothèque de la BDC : 4 500 000 \$
- 2) Prêt accordé par le vendeur : 825 000 \$
- 3) Emprunt d'actionnaire : 200 000 \$
- 4) Avance de H. Inc. : 85 000 \$

[45] La mère a soutenu que le père avait continué d'augmenter sa part de la valeur nette aux dépens de l'entretien des enfants. Elle s'est concentrée d'abord sur les déductions pour l'allocation du coût en capital, plaidant qu'elles avaient pour effet de sous-déclarer artificiellement l'argent qui était réellement à la disposition du père pour l'entretien des enfants. Dans son affidavit, au par. 19, elle a fondé cet argument sur le fait que le père avait subséquemment lancé [TRADUCTION] « plusieurs nouvelles entreprises » dont elle ignorait les détails.

[46] Puis la mère a soutenu qu'aucun revenu ne devrait lui être attribué, à elle, à partir de la société de portefeuille S. Inc., mis à part le revenu d'intérêt éventuel, étant donné que cela vaudrait un double recouvrement de la part du père. S. Inc. détient les fonds que reçoit la mère en conséquence du règlement. L'actif net de la mère, à l'époque du procès, se chiffrait à 1 300 000 \$, et sa maison était hypothéquée, sans autre augmentation de ses placements ni de ses dettes à la suite du règlement.

[47] Comme il a été mentionné plus haut, M. Neal a été mandaté pour donner des conseils comptables aux parents pendant le processus de droit collaboratif. Il a été reconnu témoin expert en comptabilité. Son témoignage s'est limité aux services qu'il avait fournis aux parents avant leur séparation ainsi qu'à sa participation à leur négociation du règlement. M. Neal a continué par la suite de fournir des conseils comptables au père et à ses entreprises. Il a aidé le père relativement à l'organisation financière et à la planification stratégique à long terme de ses entreprises à la suite du règlement, et il a préparé les déclarations de revenus des particuliers pour les deux parties. Pendant les négociations, M. Neal a été mandaté pour les aider à évaluer l'actif des entreprises. M. Neal a témoigné en particulier que P. Inc. était l'entreprise qui valait le plus et que O. Ltd. exerçait ses activités en situation déficitaire. Les valeurs comptables des éléments d'actif d'entreprise ont été estimées à leur juste valeur marchande, avec l'accord des parties.

[48] M. Neal a témoigné que, pendant tout le processus de négociations, de même que pendant la préparation des états financiers, les avocats des deux parties l'ont activement contacté et consulté. L'évaluation de H. Inc. n'a pas été rajustée en fonction de la juste valeur marchande, à cause de la valeur non amortie de l'équipement. Elle a été évaluée à sa valeur comptable, comme convenu. Tous les documents et toutes les évaluations des entreprises ont été passés en revue par les avocats, et M. Neal a indiqué que c'étaient les parties qui l'avaient mandaté pour ce qui est du partage. M. Neal a été chargé de structurer le plan financier du père de façon qu'il puisse verser à la mère la part de la valeur nette qui lui revenait, comme convenu. Cela a été fait au moyen d'une opération papillon qui permettait les paiements à la société de portefeuille de la mère, à savoir S. Inc., sous un régime à impôt différé de façon à éviter le déclenchement d'un

gain en capital pour la mère. M. Neal a confirmé que les avocats avaient rédigé les documents. Dans l'entente, l'épouse a reçu la [TRADUCTION] « vaste majorité » des éléments d'actif personnel. La [TRADUCTION] « vaste majorité » des dettes ont été prises en charge par le mari. M. Neal a confirmé que cela signifiait un partage inégal des éléments d'actif au profit de la mère. Il a témoigné longuement au sujet des arrangements financiers, du montant d'allocation du coût en capital déduit des sociétés de portefeuille immobilières ainsi que des dettes des entreprises et des garanties personnelles données par le père aux établissements de prêt. Il a témoigné qu'il n'avait pas pensé que l'allocation du coût en capital fût contestée, puisque les parties avaient bénéficié de conseils juridiques et comptables au moment de s'entendre et que, si elle avait été en cause, elle aurait dû être [TRADUCTION] « signalée ».

[49] M. Neal a confirmé que P. Inc. avait acheté un bien commercial en 2017 au prix de 5,7 M\$ grâce à une hypothèque de 4,5 M\$ de la BDC. Il a aussi témoigné au sujet de l'achat immobilier du père en 2016. Le bien-fonds a été transféré à P. Inc. au prix de 200 000 \$. En août 2017, P. Inc. a enregistré des bénéfices non répartis de 54 910 \$. Dans un cycle de douze mois, les entreprises sont tenues de verser 320 770 \$ pour effectuer les paiements de capital requis sur les hypothèques. Des paiements d'intérêts ont été déduits en tant que dépenses d'entreprise.

[50] L'état financier non vérifié de fin d'exercice de P. Inc., daté du 31 août 2015, en comparaison à celui de 2016, laissait voir des comptes clients accrus, une augmentation importante des comptes fournisseurs et des dettes, ainsi qu'une importante pénurie de capitaux en bénéfices non répartis de 147 600 \$. En 2017, la dette à long terme avait augmenté. Le revenu net déclaré était de 202 510 \$, moins le déficit de l'exercice précédent, pour des bénéfices non répartis de 54 910 \$. H. Inc. a enregistré une réduction importante des bénéfices non répartis entre 2015 et 2016, qu'elle a recouvrés en partie en 2017.

[51] M. Neal a confirmé que les [TRADUCTION] « réclamations » sur les revenus d'entreprise incluaient les comptes clients, les impôts fonciers, les masses salariales, les frais d'entretien, les marges de crédit et les remboursements du principal

sur les prêts hypothécaires. Il a déclaré que l'entreprise de la mère était, en tant que société de portefeuille, une société passive, n'avait pas de [TRADUCTION] « réclamations » ou de restrictions externes sur la façon d'utiliser son actif. Il a témoigné que le père n'avait pas accès, à titre de revenu, aux fonds des entreprises, contrairement aux assertions de la mère, à cause des dettes.

[52] Deux autres comptables, M. Jamie Whittaker pour la mère et M. Peter Logan pour le père ont exprimé des opinions divergentes au sujet de l'interprétation à donner aux règles d'attribution du revenu énoncées aux art. 18 et 19 des *Lignes directrices* ainsi qu'à l'art. 11 de l'annexe III des *Lignes directrices*. À ce sujet, la mère a posé les questions suivantes au juge : [TRADUCTION] « Les questions sont simplement de savoir comment interpréter ce qui se présente à nous – en particulier l'art. 11 – à savoir le rajustement du coût en capital pour l'immobilier – l'amortissement qui n'est pas, en fait, un nombre réel – c'est permis à des fins fiscales. » Elle a fait remarquer : [TRADUCTION] « Personne ne conteste l'accord des parties au sujet de ces nombres. La question concerne uniquement l'interprétation de ce qui – dans ces états financiers, et quel autre élément de preuve sera présenté – devrait être employé pour l'application des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. » La mère n'a pas plaidé la survenance d'un changement important lorsqu'elle a débattu au sujet des allocations du coût en capital.

[53] Dès l'abord, la mère a soutenu que, malgré l'entente de séparation, l'allocation du coût en capital devait être rajoutée, sans exception, au profit avant impôt des sociétés actives sous le régime de l'art. 11 de l'annexe III des *Lignes directrices*; ou, subsidiairement, qu'un revenu devait être attribué au père sous le régime de l'art. 19 à cause de déductions professionnelles déraisonnables.

[54] Le comptable de la mère, M. Whittaker, a examiné les états financiers non vérifiés de P. Inc. et de H. Inc. pour la période allant de 2012 à 2017 et a dressé un rapport de quatre pages. À son avis, l'allocation du coût en capital devait être rajoutée au revenu professionnel, car l'art. 11 de l'annexe III s'applique de la même manière aux biens réels appartenant aux particuliers et aux sociétés. Il n'était pas d'accord que la

partie actuelle de la dette à long terme de 330 770 \$ dût être déduite du revenu professionnel, vu que pareille pratique, du point de vue de l'ordre public, permettrait aux débiteurs de recourir au financement d'achats immobiliers pour réduire leurs obligations d'entretien d'enfants. Il s'agissait là d'une opinion qui, manifestement, empiétait sur le domaine de l'interprétation des lois.

[55] À la page 2 du rapport, M. Whittaker déclare : [TRADUCTION] « L'article 18 des *Lignes directrices* fait en sorte que le recours à une société ne puisse servir d'abri aux revenus dont dispose l'époux ([le père]), si bien que les mêmes dispositions relatives à l'allocation du coût en capital doivent s'appliquer aux entreprises appartenant au [père]. » C'est vrai, mais il n'y avait aucune preuve de détournement intentionnel de revenu par le père, lorsque celui-ci s'est prévalu en l'espèce de la déduction pour amortissement, pratique comptable connue à l'époque de la négociation de l'entente.

[56] M. Whittaker n'a exprimé aucune opinion au sujet de l'art. 12 de l'annexe III ni pris en considération les besoins économiques et opérationnels des entreprises. Au bout du compte, c'est son opinion que la juge a retenue.

[57] Le témoin expert du père, M. Logan, a dressé un rapport de deux pages. Il a commencé avec le revenu du père indiqué à la ligne 150 pour 2017, soit 55 246 \$, puis il a ajouté 15 000 \$, plus une majoration pour l'impôt sur le revenu et les avantages personnels que le père touche de ses entreprises, avant de calculer, enfin, le revenu du père qui s'ensuit. Il a témoigné que P. Inc. avait des profits nets avant impôt de 245 311 \$, avec une dette à long terme de 320 770 \$ qui, selon lui, était remboursée au mois. Il était d'avis que le revenu net de H. Inc. de 40 149 \$ n'était pas accessible pour l'entretien des enfants, car il servait à financer les comptes clients et qu'il y avait une insuffisance en fonds de roulement. Son opinion était compatible avec celle du père, qui a déclaré qu'il ne serait pas en mesure de satisfaire financièrement à la demande de la mère. Il a soutenu que les états financiers ne considéraient pas certaines dettes comme payables, telles la marge de crédit de 186 000 \$ et la dette bancaire de H. Inc. La santé de

P. Inc. et de H. Inc. se caractérisait, selon lui, [TRADUCTION] « par un fort degré d'endettement ».

[58]                   Devant notre Cour, le père soutient que la juge s'est trompée dans son interprétation des *Lignes directrices*. Il soutient que le tribunal n'aurait pas dû rajouter machinalement la totalité de l'allocation du coût en capital à son revenu professionnel avant impôt aux fins de l'entretien des enfants sans prendre en considération l'endettement des entreprises et le fait qu'il exploite des entreprises dont les revenus sont soumis à des [TRADUCTION] « réclamations » aux fins d'exploitation. Le père fait valoir que la question de l'allocation du coût en capital a été examinée lorsque lui et la mère ont réglé leurs demandes et que toute analyse relative à sa capacité de payer pour l'entretien des enfants doit prendre en compte ce qui suit : la mère a reçu en partage une partie inégale de l'actif, le père s'est endetté de manière importante, un arrangement de garde partagée est en vigueur qui, selon la juge, assure un niveau de vie supérieur aux deux enfants et, enfin, le revenu que touche la mère en tant qu'agente immobilière indépendante est sous-estimé. Il affirme qu'il n'y a pas eu de changement depuis la passation de l'entente dans le traitement de l'allocation de coût en capital ni dans les frais d'entreprise, que son revenu à des fins fiscales n'a pas augmenté, que le revenu attribué dans l'entente est supérieur à son revenu indiqué à la ligne 150 et que la mère était au courant de ces déductions récurrentes au moment de la signature de l'entente de séparation.

[59]                   La juge n'a pas pris en compte le fait que la mère a bénéficié d'une pleine divulgation des états financiers des entreprises pendant le processus de droit collaboratif. Les déductions professionnelles pour l'allocation du coût en capital étaient une pratique comptable connue. Il incombait à la mère de faire la démonstration d'un changement important dans les pratiques comptables du père ayant pour effet de réduire le revenu dont il dispose pour l'entretien des enfants.

[60]                   Pour les motifs qui suivent, je suis disposée à accueillir l'appel. Je refuserais de modifier les montants des revenus attribués des parties dont il a été convenu. J'accepte l'analyse de la juge en ce qui concerne l'art. 19; cependant, même si

je devais rajouter aux revenus des parties indiqués à la ligne 150 les frais d'entreprise refusés, il n'y aurait toujours pas de changement important de revenu qui puisse me persuader que leur accord commun de s'attribuer un revenu de 130 000 \$ n'était pas raisonnable et ne respectait pas les objectifs des *Lignes directrices*. La juge a conclu que les niveaux de vie des enfants étaient comparables dans les deux ménages. Quand il n'y a pas de raisons convaincantes justifiant une intervention judiciaire dans des ententes respectueuses des objectifs législatifs relatifs aux aliments pour enfants, quand il n'y a pas de preuves susceptibles de convaincre un tribunal d'annuler une entente aux conditions formulées dans l'arrêt *Miglin* et quand il n'y a pas de preuves d'un changement important de revenu, ces ententes ne doivent pas être annulées.

E. *Détermination du revenu selon les Lignes directrices*

(1) Profit avant impôt d'une société – art. 18

[61] Voici le texte de l'art. 18 des *Lignes directrices* :

**Shareholder, director or officer**

**18(1)** Where a spouse is a shareholder, director or officer of a corporation and the court is of the opinion that the amount of the spouse's annual income as determined under section 16 does not fairly reflect all the money available to the spouse for the payment of child support, the court may consider the situations described in section 17 and determine the spouse's annual income to include

(a) all or part of the pre-tax income of the corporation, and of any corporation that is related to that corporation, for the most recent taxation year; or

(b) an amount commensurate with the services that the spouse provides to the corporation, provided that the amount

**Actionnaires, administrateurs ou dirigeants**

**18(1)** Si l'époux est un actionnaire, administrateur ou dirigeant d'une société, le tribunal peut, s'il est d'avis que son revenu annuel déterminé conformément à l'article 16 ne correspond pas fidèlement aux sommes disponibles pour payer une pension alimentaire pour enfants, tenir compte des situations visées à l'article 17 et inclure dans le revenu annuel :

a) soit tout ou partie du montant de profit avant impôt de la société, et de toutes autres sociétés avec lesquelles elle est liée, pour la dernière année d'imposition;

b) soit un montant correspondant à la valeur des services qu'il fournit à la société, jusqu'à concurrence du

does not exceed the corporation's pre-tax income.

montant de profit avant impôt de celle-ci.

**Adjustment to corporation's pre-tax income**

**Rajustement du profit avant impôt**

(2) In determining the pre-tax income of a corporation for the purposes of subsection (1), all amounts paid by the corporation as salaries, wages or management fees, or other payments or benefits, to or on behalf of persons with whom the corporation does not deal at arm's length must be added to the pre-tax income, unless the spouse establishes that the payments were reasonable in the circumstances.

(2) Aux fins de la détermination du profit avant impôt d'une société en application du paragraphe (1), les montants qu'elle paie, au titre notamment des salaires, rémunérations, frais de gestion ou avantages, aux personnes avec lesquelles elle a un lien de dépendance, ou au nom de celles-ci, sont ajoutés au profit avant impôt de la société, à moins que l'époux n'établisse qu'ils sont raisonnables dans les circonstances.

[62] Les *Lignes directrices* partent du principe selon lequel le revenu d'un débiteur aux fins de l'entretien des enfants sera évalué en fonction de ce qui est indiqué à la ligne 150 de la formule T1 Générale de la déclaration de revenus. L'article 16 dispose que le revenu indiqué à la ligne 150 peut être rajusté conformément à l'art. 11 de l'annexe III, dans le cas d'une société à actionnariat restreint. De plus, pour qu'un tribunal puisse s'écarter du montant de la table applicable, il doit être convaincu que le revenu déterminé en application de l'art. 16 ne correspond pas à la détermination « la plus équitable ». Voici, en l'espèce, une comparaison des revenus des parties indiqués à la ligne 150 à partir de 2014 :

<b>Année</b>	<b>Père</b>	<b>Mère</b>
2014	125 814,00 \$	126 539,65 \$
2015	97 895,95 \$	101 806,37 \$
2016	124 129,51 \$	65 643,87 \$
2017	55 046,99 \$	74 168,90 \$

[63] Dans l'arrêt *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 300, la juge d'appel Larlee a adopté les motifs énoncés dans l'affaire *Wildman c. Wildman*, [2006] O.J. No. 3966 (C.A.) (QL), dans laquelle le tribunal avait conclu que le mari avait intentionnellement organisé ses entreprises commerciales de sorte à détourner des fonds à son usage personnel et lui avait attribué un revenu en conséquence. L'issue de cette



affaire se distingue, dans les faits, de l'espèce. Le tribunal a conclu dans cette affaire que le père détournait intentionnellement des revenus des entreprises afin de réduire le revenu accessible pour l'entretien d'enfants, et il s'agissait au départ d'une ordonnance. Il n'y avait pas d'entente entre les parties.

[64] Dans l'affaire *Wildman*, la cour a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

L'article 18 a comme objectif de permettre aux tribunaux d'effectuer une reddition de comptes équitable en ce qui concerne les sommes disponibles pour le paiement d'une prestation alimentaire pour enfants. Dans l'affaire *Baum c. Baum*, 1999 CanLII 5387 (C.S.C.-B.), 182 D.L.R. (4th) 715, la juge Martinson a fait les observations suivantes au par. 28 :

[TRADUCTION]

Les objectifs valables d'une société peuvent différer des objectifs valables des aliments pour enfants. L'article 18 a pour but de permettre à la Cour de « lever le voile social » pour assurer que le revenu obtenu par le parent débiteur correspond fidèlement à la totalité des sommes disponibles pour le paiement d'une prestation alimentaire pour enfants. Cela est particulièrement important dans le cas d'un actionnaire unique, car celui-ci a le pouvoir de contrôler le revenu de la société. [...]

[Par. 27]

[65] En l'espèce, la juge saisie de la demande n'a pas tiré une conclusion semblable. Même si cela a été plaidé, aucune preuve n'a démontré que le père détournait intentionnellement un revenu qui, par ailleurs, aurait pu servir à l'entretien des enfants. Des preuves ont indiqué, par contre, que les deux parties gonflaient une partie de leurs frais d'entreprise. La juge a rajouté aux revenus des deux parents certains frais d'entreprise qu'elle estimait déraisonnables au regard des art. 18 et 19, en plus de conclure qu'il y avait eu des déductions déraisonnables pour l'allocation du coût en capital.

[66] L'article 11 de l'annexe III fait une distinction entre les allocations du coût en capital réclamées sur les biens réels, qui en principe augmentent en valeur, et celles réclamées sur les biens personnels, qui perdent de la valeur. Cette distinction a été notée dans *Egan c. Egan*, 2002 BCCA 275, [2002] B.C.J. No. 896 (QL). L'arrêt *Egan* a énoncé douze facteurs dont il faut tenir compte avant de déterminer s'il y a lieu d'attribuer ou non une allocation du coût en capital (voir aussi *Rudachyk c. Rudachyk*, [1997] S.J. No. 314 (C.B.R.) (QL)). Le tribunal ne doit pas rajouter machinalement au profit avant impôt les allocations du coût en capital, si la preuve indique que la déduction est raisonnable aux fins de l'exploitation (*Gosse c. Sorensen-Gosse*, 2011 NLCA 58, [2011] N.J. No. 331 (QL), au par. 74). L'examen consiste en partie à examiner la tendance du revenu de l'entreprise pour la période antérieure à la séparation et à la comparer à la tendance pour la période postérieure à la séparation, afin de voir si l'un ou l'autre des parents utilise cette déduction pour réduire intentionnellement son revenu. Le but n'est pas de dépouiller l'entreprise du capital dont elle a raisonnablement besoin pour fonctionner : voir *Richardson c. Richardson*, 2013 BCCA 378, [2013] B.C.J. No. 1846 (QL). Dans l'affaire *Kowalewich c. Kowalewich*, 2001 BCCA 450, [2001] B.C.J. No. 1406 (QL), le tribunal a mis en relief cette présomption qui se manifeste de plus en plus, voulant que le profit avant impôt de société soit censé être accessible pour l'entretien des enfants, sauf preuve du contraire. Il est généralement admis qu'il incombe au débiteur de fournir cette preuve contraire. Voir *Hausmann c. Klukas*, 2009 BCCA 32, [2009] B.C.J. No. 121 (QL), aux par. 51 et 52. Même s'il n'y avait pas eu d'entente de séparation en l'espèce, je suis d'avis que le père s'est déchargé de ce fardeau.

[67] L'article 12 de l'annexe III dispose que, si l'un des époux tire un revenu d'une société de personnes ou d'une entreprise à propriétaire unique, il ou elle peut déduire tout montant inclus dans le revenu qui, à juste titre, est nécessaire à la capitalisation de la société ou de l'entreprise. À mon avis, le père, par son témoignage comme par celui de ses comptables, a confirmé les besoins opérationnels de ses entreprises et a démontré que l'allocation du coût en capital n'était pas utilisée comme tentative de détournement de fonds. À mon avis, la juge n'a pas pris en compte les besoins opérationnels des entreprises lorsqu'elle s'est rangée à l'opinion du comptable de la mère. Ce faisant, elle n'a pas tenu compte des réalités économiques du monde des

affaires, elle a attribué le revenu d'entreprise au père personnellement d'une manière incompatible avec les [TRADUCTION] « réclamations » économiques courantes sur le revenu des entreprises et elle a confondu le revenu d'entreprise avec le revenu personnel. La juge a tranché sur la demande de la mère sans tenir compte de l'intention des parties à l'époque de la négociation de leur entente. Bref, il n'y avait aucun changement important qui eût permis au tribunal de réaménager l'entente.

[68] Autrement dit, comme il a été dit dans l'affaire *Epp*, lorsque l'art. 18 est en cause, les *Lignes directrices* exigent du tribunal qu'il commence par décider si l'ordonnance d'entretien d'enfant est raisonnable ou non et, dans le cas d'une entreprise active, il doit y avoir examen de sa situation par rapport aux [TRADUCTION] « réclamations » et à l'endettement pour les besoins de l'exploitation. Il ne serait pas raisonnable de dépouiller une entreprise de son revenu d'exploitation, d'où la nature discrétionnaire de l'art. 18. Dans l'affaire *Milton c. Milton*, 2007 NBBR 363, 326 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 324, le juge French (tel était alors son titre) a fait remarquer que l'analyse est différente à cette fin selon qu'il s'agit d'une corporation professionnelle ou d'une véritable entreprise commerciale (par. 49 à 52). Je suis de cet avis.

[69] Comme nous l'avons dit, l'analyse du profit avant impôt s'impose si le tribunal décide que le revenu indiqué à la ligne 150 ne correspond pas au revenu vraiment accessible pour l'entretien d'enfant. L'article 12 de l'annexe III se rapporte à la « capitalisation ». Dans l'affaire *Ghosn c. Ghosn*, 2006 NSSC 2, [2006] N.S.J. No. 33 (QL), la capitalisation est décrite comme les [TRADUCTION] « liquidités » nécessaires à l'exploitation courante (par. 24). Dans *Boniface c. Boniface*, 2007 BCSC 1543, [2007] B.C.J. No. 2303 (QL), le tribunal a décidé que la capitalisation, au sens des *Lignes directrices*, était les sommes que quelqu'un paie de sa poche pour les dépenses courantes nécessaires à la production d'un revenu brut pour le propriétaire ou l'exploitant de l'entreprise, distinguant correctement, à mon avis, ces dépenses de celles faites pour l'acquisition future de biens producteurs de revenus. Les opinions divergent sur ce dernier point. Certains tribunaux ont conclu qu'il était intrinsèquement injuste de ne pas traiter l'allocation du coût en capital comme un revenu, puisqu'elle bénéficie d'un report fiscal jusqu'au moment du dessaisissement de l'actif, ce qui ouvre la voie à une possible

manipulation du revenu (voir *Grant c. Grant*, 2001 NSSF 13, [2001] N.S.J. No. 100 (QL)). Le tribunal, dans l'affaire *Gosse*, n'était pas de cet avis. Voir aussi *Murphy c. Bert*, 2007 NSSC 376, [2007] N.S.J. No. 543 (QL); *Richardson c. Richardson*; *Nesbitt c. Nesbitt*, 2001 MBCA 113, [2001] M.J. No. 291 (QL). Le père soutient qu'en l'espèce l'art. 12 de l'annexe III s'applique, car la capitalisation pour P. Inc. comprend la [TRADUCTION] « réclamation » dont il a besoin pour son exploitation courante, ce qui comprend l'intérêt à payer sur l'hypothèque, le financement des comptes clients et l'acquittement des factures de l'entreprise.

[70] La mère a soutenu que les placements immobiliers du père avaient pour effet de diminuer son revenu personnel. À ce sujet, la juge écrit : [TRADUCTION] « Au contraire, c'est le père qui a décidé de ne pas maintenir un ratio d'endettement sain, en "soutirant" sans cesse à ses entreprises toutes les sommes qu'il peut pour continuer d'augmenter sa part de la valeur nette » (par. 110). Elle a conclu que, à la suite de la passation de l'entente de séparation, la majeure partie des fonds des sociétés a servi à subventionner les projets « désirés » des entreprises (par. 110). Elle a conclu qu'aucune preuve [TRADUCTION] « forte » n'avait été présentée pour montrer l'imputation de [TRADUCTION] « réclamations » de la part de la banque aux diverses marges de crédit et pour clarifier le but auquel les fonds servaient. Elle a écrit que les états financiers de O. Ltd. ne faisaient aucune mention des dettes d'entreprise, seulement de celles envers des personnes ou des entités avec lesquelles il y avait un lien de dépendance, et que le père ne s'était pas acquitté de son fardeau de preuve. Je ne suis pas d'accord.

[71] La juge, en l'espèce, a conclu que [TRADUCTION] « [...] le fait qu'il ne traite pas de la DPA sur les biens-fonds de la société n'empêche pas le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour fixer une somme équitable pour le revenu du débiteur pour l'application des *Lignes directrices*, en se penchant sur la DPA déduite à titre de dépense d'entreprise. En vertu de l'art. 18 des *Lignes directrices*, le tribunal peut se prononcer sur le caractère raisonnable d'une dépense de cette nature qui a des incidences directes sur le revenu de l'entreprise » (par. 96). Cela énonce fidèlement l'état du droit; cependant, en se rangeant à l'opinion de M. Whittaker, la juge, à mon avis, n'a pas exercé convenablement ses fonctions judiciaires. Ce sont les juges qui interprètent les principes

du droit, non pas les témoins experts (voir *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182)

[72] Le juge Cromwell parlait au nom de la Cour dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman* au sujet de l'admissibilité des opinions d'expert. Le tribunal qui reçoit le rapport d'un comptable agréé ou d'une comptable agréée exprimant son opinion au sujet du revenu d'un parent accordera à cette opinion la valeur probante que le tribunal pense qu'elle mérite, sur les faits; cependant, le comptable ou la comptable qui exprime son opinion juridique sur l'application d'une règle particulière ou d'une autorité législative particulière outrepassa sa compétence, et son opinion n'a aucune valeur probante. En l'espèce, la juge n'a pas expliqué pourquoi elle préférerait l'opinion de M. Whittaker à celle de M. Logan et, comme nous l'avons mentionné, elle n'a pas examiné si l'entente de séparation respectait ou non les objectifs de la *Loi* et des *Lignes directrices*.

(2) Analyse effectuée sous le régime de l'art. 19

[73] L'alinéa 19(1)g) dispose qu'un revenu peut être attribué lorsqu'il est constaté qu'un des époux déduit de façon déraisonnable des frais d'entreprise de son revenu d'entreprise – c'est ce qu'on désigne parfois sous le nom d'analyse du style de vie. En l'espèce, l'art. 19 a été plaidé subsidiairement. La mère a soutenu ce qui suit : a) Les frais d'entreprise du père étaient gonflés; b) Le père versait un salaire à son amoureuse, S.D., lui fournissait un téléphone cellulaire et une voiture, donc ces frais-là devaient s'ajouter à son revenu; et c) Des revenus d'argent, soit en espèces, soit sous forme de cartes-cadeaux, doivent être ajoutés à son revenu. La mère a affirmé qu'en conséquence le montant d'au moins 90 000 \$ devait être attribué au père par application de l'art. 19 des *Lignes directrices*. La mère a témoigné que, lorsqu'ils vivaient ensemble, le père faisait une partie de ses affaires commerciales en liquidités, dont il se servait pour les vacances, le jeu, les loisirs et des achats spéciaux. Cependant, la preuve sur cette question était en bonne partie de nature historique et était connue des deux parties à l'époque de la séparation. La juge a rajouté ces frais sous le régime de l'art. 18, puis a arbitrairement ajouté une autre somme sous le régime de l'art. 19.

[74] Le père a soutenu que, si un revenu devait lui être attribué pour cette raison, la même chose devrait aussi être faite à l'égard de la mère, puisque celle-ci a gonflé des frais d'entreprise, qu'elle a changé, après la séparation, l'entente de commission qu'elle avait avec le commerce immobilier de sa mère, qu'elle versait à sa mère une commission gonflée et qu'elle sous-utilisait ses fonds de règlement en les mettant à l'abri dans sa société de portefeuille.

[75] Le caractère raisonnable d'une dépense pour l'analyse de l'attribution tombe sous l'autorité du par. 19(2) des *Lignes directrices*, qui dispose :

**Reasonableness of expenses**

**Caractère raisonnable des dépenses**

(2) For the purpose of paragraph (1)(g), the reasonableness of an expense deduction is not solely governed by whether the deduction is permitted under the *Income Tax Act*.

(2) Pour l'application de l'alinéa (1)g), une déduction n'est pas nécessairement considérée comme raisonnable du seul fait qu'elle est permise en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[76] La mère réclamait des déductions pour locaux à bureau, équipement, ordinateur, écrans de télévision, commercialisation, promotion, cotisations et frais afférents au site Web et aux médias sociaux. Il n'y avait pas de ventilation ni de reçus pour certaines dépenses comme pour des tee-shirts, des décorations, des affiches, des cadres, des pots, des abonnements à des magazines, des fournitures de salles de toilette, des serviettes-éponges et de la crème glacée. Il y avait une déduction de 831 \$ pour un bureau à domicile. Il y avait des déductions pour frais de clôture, cartes-cadeaux, publicité, repas et divertissements, cotisations professionnelles et usage d'un véhicule pour affaires. Comme il a été mentionné, la mère a modifié l'entente de commission avec sa mère, avec qui elle avait un lien de dépendance, après la signature de l'entente de séparation.

[77] En 2016, la mère a touché une commission brute des ventes immobilières de 181 937,63 \$, sur laquelle elle a payé des frais de courtage de 12 735,63 \$ et des frais de 84 601 \$ au commerce immobilier de sa mère. En 2017, les commissions de la mère étaient de 193 923,80 \$, sur laquelle elle a payé 7 p. 100 en frais de courtage et 50 p. 100 du solde au commerce immobilier de sa mère. L'actif de la mère, qui se chiffrait à

1 156 028,55 \$ en août 2016, avait augmenté à 1 471 063,08 \$ quand vint 2018. En décembre 2017, la société de portefeuille de la mère avait un actif de 475 000 \$. Le père a soutenu que le revenu attribué de la mère devrait être de 186 279,31 \$, à savoir 144 274,31 \$ plus le revenu de placement de la société de portefeuille, qu'il estimait à 42 000 \$ par année. Au bout du compte, la juge a décidé ce qui suit : a) La déduction pour bureau à domicile est rejetée; b) Les fournitures de bureau ne sont pas admises, car ces articles ont été fournis par le commerce immobilier; c) Les frais de publicité ne sont pas admis pour la même raison; d) Les repas et les frais de divertissement sont admis; e) Les cotisations professionnelles ne sont pas admises, puisqu'elles sont payées par le commerce immobilier; et f) L'usage personnel par la mère de sa voiture est admis à hauteur de 60 p. 100. Ce qui fait que le revenu d'entreprise net de la mère a été fixé à 71 276 \$ pour 2016 et à 82 582 \$ pour 2017.

[78] La juge a rejeté la prétention du père voulant que les fonds de la société de portefeuille de la mère puissent produire des intérêts de 7 p. 100 par année, au motif que la mère n'avait aucune obligation de [TRADUCTION] « faire des placements risqués dans l'espoir d'un meilleur rendement du capital investi » (par. 158). Le revenu de la mère pour 2018 a été calculé en fonction des chiffres pour 2017.

[79] En adoptant le rapport de M. Whittaker, la juge a ajouté les sommes qu'elle a assimilées à des avantages libres d'impôt et à des frais d'entreprise inadmissibles obtenus du père à partir de ses entreprises, y compris le salaire de S.D., son cellulaire ainsi que la voiture achetée pour S.D., qui avait été engagée par P. Inc. à titre de consultante. Ces paiements, ventilés, donnent au total ce qui suit : (2016) 3 725 \$ (revenu), 8 900 \$ (cellulaire); (2017) 5 200 \$ (revenu), 8 900 \$ (cellulaire); (2018) meilleure estimation – 14 100 \$. La juge a rajouté au revenu du père la somme de 20 500 \$ sous le régime de l'art. 18, somme qu'elle a estimée être, sur la foi du mémoire après procès du père, des avantages personnels qu'il a reçus de ses entreprises. Ces avantages ont été calculés ainsi : a) cartes-cadeaux : 8 500 \$; b) repas : 4 000 \$; et c) voitures : 8 000 \$, pour un total de 20 500 \$ plus majoration pour l'impôt à 35 p. 100, pour un total global de 27 695 \$. À cela, elle a ajouté un montant arbitraire supplémentaire de 15 000 \$ sous le régime de l'art. 19.

[80] Dans l'ensemble, je déférerais à la décision de la juge de rajouter les frais énumérés ci-dessus; cependant, je les ajouterais sous le régime de l'art. 19, et non de l'art. 18, des *Lignes directrices*. Elle a expliqué en détail comment elle est arrivée à ses conclusions. C'était une décision de nature discrétionnaire, qui n'était pas déraisonnable. Les tribunaux d'appel n'ont pas à s'occuper de bricoles. En l'espèce, même si certains éléments mineurs auraient pu être rajustés en faveur du père, ou rajoutés au revenu de la mère, ainsi que le proposait le père, ce n'est pas là le rôle d'un tribunal d'appel, étant donné qu'il n'y avait pas d'erreurs manifestes susceptibles d'être considérées comme dominantes à cette fin. La décision est compatible avec la conclusion de notre Cour dans l'affaire *Milton*. Cependant, comme nous l'avons mentionné plus haut, même quand on ajoute ces montants aux revenus respectifs indiqués à la ligne 150, le revenu attribué de 130 000 \$ fixé dans l'entente de séparation reste toujours raisonnable, à mon avis.

(3) Application erronée de l'art. 17 des *Lignes directrices*

[81] L'article 17 autorise le tribunal à tenir compte du revenu d'un des époux pour les années précédentes et à 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. Avant de ce faire, cependant, le tribunal doit être d'avis que la détermination du revenu faite en application de l'art. 16 ne correspond pas à la détermination la plus équitable à cette fin.

[82] Comme nous l'avons mentionné, la juge a passé en revue les frais d'entreprise déduits par l'une et l'autre des parties pour usage personnel. Elle estimait que l'une et l'autre réclamaient des déductions déraisonnables, et elle a rajouté certains de ces frais sous le régime des art. 18 et 19. La juge n'a pas été invitée à se pencher sur l'art. 17 et ne l'a pas fait. Par conséquent, je rejetterais ce moyen d'appel.



(4) L'article 9

[83] L'analyse est régie par l'art. 9 dans le cas d'une garde partagée. Au départ, il s'agit d'une compensation simple. La juge a trouvé qu'une méthode axée sur la compensation, méthode que les parents avaient prévue dans leur entente de séparation, était raisonnable, et elle l'a appliquée sans autre rajustement pour niveau de vie sous le régime de l'al. 9c).

[84] Dans l'arrêt *F.M. c. T.H.*, 2016 NBCA 29, 449 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 240, notre Cour a déclaré ce qui suit :

Le juge Bastarache a écrit, dans *Contino* :

L'article 9 commande une démarche en deux étapes : (1) déterminer si le seuil de 40 p. 100 est atteint, puis, le cas échéant, (2) établir le montant de la pension alimentaire qui convient.

En ce qui concerne la deuxième étape, qui fait l'objet du litige en l'espèce, les tribunaux canadiens se sont efforcés d'interpréter l'art. 9 d'une manière compatible avec les objectifs des lignes directrices. Les méthodes employées varient considérablement, mais elles sont de deux ordres : celles, apparentées à la méthode utilisée par la juge des requêtes, qui reposent sur l'application d'une formule, et celles qui comportent l'exercice d'un pouvoir « discrétionnaire » et excluent l'emploi d'une formule.

Le libellé de l'art. 9 justifie l'accent mis sur la souplesse et l'équité. Le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal pour la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire dans le cas d'une garde partagée exige que l'on tienne compte de la situation globale des parents (ressources et besoins) et des besoins de l'enfant. L'importance accordée à chacun des facteurs de l'art. 9 variera selon les faits de l'espèce. Je vais maintenant examiner chacun des trois facteurs. [Par. 37 à 39]

Il a conclu son analyse ainsi :

La répartition équitable des dépenses de l'enfant dans le contexte d'une garde partagée est une tâche difficile; il n'y a pas de solutions simples. L'application de formules strictes ne permet pas l'adaptation aux divers profils familiaux. Il faut appliquer une analyse contextuelle qui tient compte des trois facteurs énoncés par le législateur à l'art. 9 des lignes directrices. [Par. 82]

[Souligné dans l'original.]

[...]

Le professeur Rollie Thompson, dans un article intitulé « Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino* » (2004), 42 R.F.L. (5th) 326, indique de quelle façon le juge de première instance devrait procéder, pour l'analyse qu'exige l'art. 9, après avoir conclu que les parents ont un arrangement de parentage partagé. Il estime que le juge doit :

- i. déterminer le montant issu de la compensation simple;
- ii. examiner le budget des dépenses des deux parents pour les enfants;
- iii. examiner la capacité de chaque parent de supporter les coûts plus élevés associés à la garde partagée et le niveau de vie des enfants dans chaque ménage;
- iv. établir une distinction entre les ordonnances ou conventions initiales et les modifications.

[Par. 18 à 19 et 26]

[85] La Cour suprême a reconnu que l'art. 9 conférait au tribunal un pouvoir discrétionnaire qu'il doit exercer avec souplesse et équité, en tenant compte des objectifs des *Lignes directrices* compris d'une façon contextuelle et holistique. Le juge Bastarache a fait remarquer ce qui suit dans l'arrêt *Contino c. Leonelli-Contino*, 2005 CSC 63, [2005] 3 R.C.S. 217 : « L'application de formules strictes ne permet pas l'adaptation aux divers profils familiaux » (par. 82). Je suis de cet avis.

[86] Une fois que la juge avait déterminé les revenus respectifs des parents, elle était tenue de procéder à l'analyse requise par l'art. 9, sans perdre de vue les objectifs des

*Lignes directrices*. Elle a pris acte de la décision de notre Cour dans l'affaire *G.F.* et a amorcé l'analyse avec la notion de compensation simple.

[87] La juge a ensuite passé en revue les états financiers respectifs, s'attardant en particulier aux dépenses mensuelles des parents. Au bout du compte, la juge a conclu que l'un et l'autre des parents avaient la capacité et les ressources nécessaires pour satisfaire les besoins des enfants en appliquant la méthode de la compensation simple. J'accepte sa conclusion et n'y apporterais aucun changement. Je ne vois aucune erreur dans son analyse sur cette question. À mon avis, c'était là le résultat qu'il fallait dans les circonstances, compte tenu en particulier du fait que, selon elle, on s'occupait convenablement des enfants dans les deux ménages et du fait que les niveaux de vie respectifs de ceux-ci étaient semblables. Je rejeterais ce moyen d'appel.

(5) L'article 7

[88] L'article 7 des *Lignes directrices* prévoit que les parents partageront au prorata les dépenses admissibles à l'art. 7 en parts proportionnelles à leur revenu, une fois que la détermination du revenu a été faite. L'article 6 de l'entente de séparation avait trait à ces dépenses et obligeait les parents à les assumer en parts égales. La mère a soutenu que les dépenses devraient être partagées au prorata rétroactivement au 1<sup>er</sup> septembre 2016, date à laquelle elle a déposé sa demande.

[89] Le partage au prorata des dépenses spéciales a été fait au 1<sup>er</sup> avril 2019. Les revenus à cette fin ont été fixés à 454 484 \$ (pour le père) et à 82 582 \$ (pour la mère). La juge n'a pas calculé la mensualité exigible à partir du 1<sup>er</sup> avril 2019 ni n'a expliqué pourquoi le remboursement de ces dépenses n'a pas été rendu rétroactif au mois de septembre 2016. À mon avis, c'était une erreur que de ne pas rendre les rajustements rétroactifs au 1<sup>er</sup> septembre 2016. Selon l'entente, les dépenses régies par l'art. 7 devaient être assumées en parts égales. S'il reste toujours des dépenses qui n'ont pas été remboursées, elles devraient être calculées et réclamées. Il n'est pas possible à notre Cour de faire ces rajustements, car nous n'avons pas assez de renseignements. Pour ces motifs,

les dépenses admissibles sous le régime de l'art. 7 devraient être assumées en parts égales, moins les crédits d'impôt, les subventions et les paiements à des tiers.

(6) La juge a commis une erreur en attribuant un revenu pour 2018

[90] Le père soutient que la juge a commis une erreur dans son analyse d'attribution pour 2018 en se contentant de se fonder sur les renseignements financiers de 2017. Sur ce point, le père a raison de faire valoir que la juge aurait dû exiger des renseignements sur le revenu cumulatif pour l'année en cours avant de procéder à l'évaluation des obligations d'entretien d'enfant pour 2018. Les *Lignes directrices* précisent que des renseignements sur le revenu cumulatif pour l'année en cours doivent être utilisés à cette fin; cependant, des considérations différentes peuvent s'appliquer lorsque des sociétés sont en jeu, si la fin de leur année financière ne correspond pas à celle prescrite pour les déclarations de revenu des particuliers.

[91] Il ne s'agissait pas en l'occurrence d'un cas simple où les parents reçoivent des revenus salariaux d'un tiers avec qui ils n'ont aucun lien de dépendance. La présente affaire était plus compliquée du fait que chacun des parents avait établi des liens financiers avec d'autres sociétés et entités avec qui il avait des liens de dépendance. Compte tenu de la quantité des renseignements financiers divulgués et du fait qu'il y avait une tendance établie du revenu variant légèrement d'une année à l'autre, on peut dire que la juge était en aussi bonne posture qu'elle aurait pu l'être pour évaluer le niveau de revenu des deux parents en 2018.

[92] Comme nous l'avons mentionné, l'entente de séparation exige une divulgation financière annuelle; par conséquent, l'un et l'autre des parents auraient l'occasion de revoir les calculs des aliments pour enfants en fin d'année, après le dépôt des documents des sociétés. Ce moyen d'appel me semble sans fondement, et je le rejetterais.

(7) L'omission d'analyse sous le régime de l'art. 4

[93] L'article 4 autorise le tribunal à rendre une ordonnance d'entretien d'enfant en application de l'art. 3 des *Lignes directrices* lorsque le revenu du débiteur aux fins de l'entretien d'enfant est supérieur à 150 000 \$. S'il est d'avis que le montant prévu dans la table n'est pas approprié, le tribunal peut appliquer ce montant pour les premiers 150 000 \$ et un montant additionnel qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants.

[94] En l'espèce, aucun motif n'explique la décision de la juge de s'en tenir au montant de base de la table. On pourrait conclure qu'elle estimait qu'elle n'avait pas besoin de dévier de cela, vu que, à son avis, on s'occupait convenablement des enfants dans les deux ménages. De toute façon, je rejetterais ce moyen d'appel, puisque les présents motifs le rendent redondant.

VII. Dispositif

[95] Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler les dispositions de la juge concernant les aliments pour enfants et de confirmer les conditions de l'entente de séparation relatives aux aliments pour enfants. Je modifierais les mesures accessoires en conséquence. J'annulerais les dépens de 10 000 \$ plus TVH et les débours mis à la charge du père et je condamnerais la mère à des dépens de 5 000 \$ plus TVH.

[96] Je suis d'avis de fixer les dépens de l'appel à 3 000 \$.