COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

84-16-CA

D.B.

APPELLANT

- and -

I.S.

RESPONDENT

D.B.

APPELANT

- et -

I.S.

INTIMÉE

D.B. v. I.S., 2019 NBCA 6

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
October 7, 2016

History of Case:

Decision under appeal:
2016 NBQB 167

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 22, 2018

Judgment rendered:
January 18, 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

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

D.B. c. I.S., 2019 NBCA 6

CORAM :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 7 octobre 2016

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 167

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 22 février 2018

Jugement rendu :
le 18 janvier 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

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

Counsel at hearing:

For the Appellant:
Marie-Claude Bélanger-Richard, Q.C.

For the Respondent:
Sheila J. Cameron, Q.C.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
Marie-Claude Bélanger-Richard, c.r.

Pour l'intimée :
Sheila J. Cameron, c.r.

THE COURT

The appeal is allowed in part. There will be no order to pay costs.

LA COUR

L'appel est accueilli en partie. La Cour n'accorde aucuns dépens.

The judgement of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Overview

[1] The father appeals the decision by a judge of the Court of Queen's Bench to reduce the mother's obligation to pay spousal support retroactive to January 1, 2011, and to terminate her obligation entirely as of October 2018. He also appeals the judge's determination that the Interim Consent Order made in 2013 did not vary the Consent Variation Order made in 2010, which provided for child support to be calculated based on split custody; the reality at the time of both orders was that the father had primary care of the parties' two children. The judge's decision followed an 11-day hearing in 2016 and it varied the spousal support order initially made by a judge of the Nova Scotia Supreme Court in 2008, following a five-day divorce trial.

[2] The initial spousal support order, made in 2008, reflected the unique circumstances of the parties at that time. The careers of both the mother and father were in transition and their incomes were expected to be variable. In 2003, they and their two young children moved from Vancouver to Halifax so the mother could begin a six-year residency in radiology at Dalhousie University. The father gave up his career in the IT industry and, following the move to Halifax, remained at home with the children, as the parties had agreed. They separated two years later, in September 2005. While a resident, the mother's income fluctuated; the trial judge determined she was capable of earning $65,000 annually. He also determined that when she was finished her residency, she would earn approximately $400,000 as a full-time radiologist.

[3] The order did not specify the quantum of the mother's monthly spousal support obligation. It ordered her to pay the amount determined by the application of the *Spousal Support Advisory Guidelines* (*Guidelines*) to her actual income, to be recalculated after every change in income. The order also required her to pay lump sum

support of $300,000, payable in monthly installments that were not to begin until she completed her residency.

[4] As it turned out, the mother earned approximately $650,000 during 2011, her first full year as a radiologist. She moved to Moncton to take the position and the father and the children followed in July 2011. She paid spousal support based on the application of the *Guidelines*. However, in 2012, she concluded she had overpaid and in June she stopped paying. In August 2012, she filed a motion to vary both child and spousal support and she was put on medical leave from work, due to depression. The mother requested that spousal support be terminated and, in the alternative, that her income be capped at $400,000 for support purposes retroactive to January 1, 2011, and made time-limited. She also requested child support be varied as of January 1, 2011, and be determined pursuant to ss. 4 and 10 of the *Federal Child Support Guidelines.* Section 4 applies where a payor's annual income exceeds $150,000 and s. 10 permits the payment of a different amount where the payor establishes the amount otherwise payable under s. 4 would cause an undue hardship.

[5] The mother's motion was not heard until 2016. It is the judge's disposition of that motion which is the object of this appeal. The judge accepted the mother's claim that her income constituted a change in circumstances, being well in excess of the $400,000 she had been expected to earn at the time of the 2008 divorce trial. The judge noted that by requiring support to be paid based on the application of the *Guidelines*, regardless of the quantum of income, the initial support order applied the *Guideline* formula to income above the $350,000 ceiling without any judicial consideration of the appropriateness of doing so. The judge varied the mother's spousal support obligation retroactively to January 1, 2011, coincident with the beginning of her first full year as a radiologist. He did not reduce support by fixing the quantum to be paid; instead, as the mother requested, he capped her income for the purpose of applying the *Guidelines*; however, he did so at $450,000, more than the $400,000 she suggested. He also terminated support entirely as of October 1, 2018, and reduced it by 50% during the final 12 months.

[6] In relation to child support, the motion judge accepted the mother's position that the Consent Variation Order of September 2010 should continue to apply until 2015 and support should be calculated based on the split custody method. He rejected the father's position that their agreement and the Interim Consent Order made as of December 17, 2013, varied the Consent Variation Order, ended the determination of child support based on split custody and required support to be based on the reality of his having primary care of both children. The father's request to vary the Consent Variation Order, made in response to the mother's motion, was not otherwise addressed by the motion judge.

[7] On appeal, the father submits the motion judge erred in determining there had been a material change in circumstances, capping the mother's income at $450,000 for spousal support purposes and terminating support entirely in 2018. He submits, among other things, the judge failed to undertake an analysis to determine whether the father ceased to suffer the economic consequences arising from the breakdown of the marriage. The father also submits the judge erred when he found the Interim Consent Order of December 2013 did not vary the Consent Variation Order. For the reasons that follow, I would dismiss the father's appeal respecting spousal support but allow it in connection with child support.

II. Background

[8] The mother and father began cohabiting in Vancouver in 1995. They married in December 1996 and have two children, one born in 1999, the other born in 2001. Both parents worked until they moved to Halifax.

[9] The mother graduated from medical school at the University of Montréal in 1989. She obtained a Master of Health Administration from the University of British Columbia in 1993 and began working at UBC as a researcher. Her income was about $70,000 per year. In 2002, the mother learned that her position at UBC was to be

eliminated and she applied for admission to medical specialty programs at universities in Vancouver, Toronto, Ottawa and Halifax. She was accepted into the radiology program at Dalhousie University. It was expected to take six years, beginning in 2003 and ending in 2009.

[10] The father graduated with a degree in mathematics from Waterloo University and had been working for some time in Vancouver when he met the mother in 1994. He held various positions in the technology industry, at times earning $100,000 per year. His income with a start-up IT company immediately before moving to Halifax in 2003 was $86,000 a year, plus stock "benefits."

[11] Needless to say, the decision to pursue a six-year residency in Halifax gave rise to a considerable change for the entire family. At the time, the father was 41 years of age and the mother was 38. Today they are 56 and 53, respectively. They sold their home in Vancouver, the father gave up his position and, as agreed, he remained at home to care for the children, then 4 and 2 (now 19 and 17). While the evidence at the divorce trial diverged on how long it had been agreed the father would remain at home, the trial judge found it was to be for at least two years. Both parents recognized that when the father did return to the job market, he would be faced with less opportunity in Halifax, particularly in his field of IT, than would be the case in Vancouver or any of the other cities where the mother applied to pursue her specialty. Financially, their plan in Halifax was to rely on the proceeds from the sale of their home ($192,000), their RRSPs (approximately $150,000) and the income earned by the mother while completing her speciality. They acknowledged it would be necessary to incur debt to live comfortably and achieve their plan. They bought a home in Halifax.

[12] In September 2005, two years after moving to Halifax, the mother and father separated. The mother moved from the family home in December 2005 and the father continued to be the children's primary caregiver.

[13] Not surprisingly, over the years that followed, the financial fallout was near catastrophic for both parents. This is not to overlook the obvious emotional strain resulting from the situation. As the sole income earner, the mother initially paid child and spousal support. However, after August 2006, she stopped paying any spousal support and she applied to continue her residency on a part-time basis beginning in September 2006. This extended the time necessary for her to complete her residency to 2010, at least, and it reduced her income. Also in September 2006, the father commenced a two-year education program at Mount St. Vincent University as part of an effort to retrain and re-enter the workforce. No further support was paid to the father until after the trial judge's decision in October 2008.

[14] The father applied for a divorce. Following a five-day trial in the spring of 2008, the trial judge ordered, in October 2008, that primary care of the children was to remain with the father and the mother was to pay child support. The mother was ordered to pay child support arrears of $11,088, in 48 instalments of $231 and prospective monthly child support of $918, based on an imputed income of $65,000. This was the income the judge found the mother could have earned had she participated in her program full-time. The judge made other orders, including a division of assets and debts. He rejected the father's request for an unequal division of marital property, including his request for an unequal share of the home and RRSP's.

[15] The trial judge did not order spousal support for the period between the date of separation and the date of his order. He ordered the mother to pay lump sum spousal support of $300,000 and periodic support in accordance with the *Guidelines*. The lump sum support was to be paid out of the mother's share of the sale of the family home, after first accounting for the division of assets and debts. The remaining balance was ordered to be paid by the mother in installments following the completion of her speciality. After the sale of the home, and other adjustments, there remained approximately $250,000 of the lump sum support to be paid after the mother began working full-time. As of the hearing of the motion in 2016, the mother owed approximately $250,000 in lump sum support.

[16] As noted, the periodic spousal support was ordered to be determined in accordance with the *Guidelines* and was to be recalculated following every change in income. At first, the mother was required to pay the nominal minimum amount of $100 per month. The key provisions relating to spousal support and its recalculation are as follows, from the Corollary Relief Judgment of April 20, 2010:

> The Respondent shall pay to the Petitioner spousal support for an indeterminate period of an amount, at the intermediate level, that reflects the application of the *Spousal Support Advisory Guidelines* to the Petitioner's and the Respondent's annual income rates, until the Petitioner's or the Respondent's annual income rate is determined to have changed, as provided for in paragraph 11 herein, at which time the Respondent shall pay to the Petitioner spousal support of an amount that reflects the application of the *Spousal Support Advisory Guidelines* to the changed annual income rate of the Petitioner or the Respondent. The minimum monthly spousal support payment to be made by the Respondent to the Petitioner shall be $100. [para. 6(a)]
>
> […]
>
> If either the Petitioner or the Respondent experience a change in his or her current annual income rate, as disclosed pursuant to paragraph 8, 9 or 10 herein, such a change shall constitute a change of circumstances requiring the Respondent, pursuant to the Spousal Support Advisory Guidelines and subparagraph 6(a) of the Corollary Relief Judgment, to change the amount of spousal support payable to the Petitioner. If the Respondent fails to change the amount of spousal support payable to the Petitioner despite this change of circumstances, either the Petitioner or the Respondent may seek a review by a court of competent jurisdiction of the amount of spousal support payable to the Petitioner. [para. 11(a)]
>
> [Emphasis added.]

[17] Although the trial judge's decision was rendered on October 22, 2008, the Corollary Relief Judgment was not entered until almost 18 months later, on April 20, 2010. All was not quiet during the intervening period. The mother maintained the trial

judge did not order both lump sum and periodic spousal support and, after receiving further submissions from the parties, the trial judge issued supplemental reasons on June 29, 2009, rejecting this claim. He clarified his decision and his view of the interplay between the two forms of support ordered, stating:

> The court ruled that spousal support on these facts should have both a lump sum and periodic component. The court did not rule that these components were mutually exclusive. In fact, the court ruled that they were separate components of spousal support that complemented each other.
>
> The decision does not contemplate periodic spousal support ending when lump sum support begins. In fact, the court anticipated that during the initial period following the court's decision, lump sum support would be paid to the Petitioner following the sale/disposition of the home. It was anticipated that concurrently periodic support would in all likelihood, also be paid. This could also be true when the Respondent becomes fully employed as a certified radiologist. For example, after September 1, 2010, it may be that the Respondent will be paying lump sum spousal support installments and also be subject to an obligation to pay periodic spousal support. Finally, the periodic spousal support is of indefinite duration. No termination date was ordered or contemplated. Such a conclusion will now require a separate application.
>
> The calculation of periodic spousal support is to be frequent, given that both parties incomes are expected to be fluid. The Spousal Support Advisory Guidelines should be used as a reference when determining the appropriate quantum of spousal support to be paid by the Respondent.
>
> [paras. 28-30]
> [Emphasis added.]

[18] Despite this clarification decision, it was a further nine months before the Corollary Relief Judgment was entered on April 20, 2010. However, before then, in February 2010, the mother filed an application to vary the trial judge's order respecting the children; she sought custody and approval for her to move with the children to Moncton. The mother had been offered a position there as a radiologist, which would

begin after she completed her residency later in 2010. The offer letter, submitted in support of her motion, indicated an income of $394,000 a year – very close to the $400,000 the trial judge determined she would earn.

[19] On May 20, 2010, after the Corollary Relief Judgment was entered, the mother appealed the trial judge's decision respecting spousal support.

[20] The mother's application to vary custody in contemplation of her move to Moncton was the object of a settlement conference held over two days in July 2010 with a judge of the Supreme Court of Nova Scotia. The resulting Consent Variation Order, made in September 2010, is important on appeal.

[21] The motion judge characterized this order as the father's shrewd bargain to obtain the mother's withdrawal of her appeal of the trial judge's decision on spousal support in exchange for his agreeing to move to Moncton with the children. Addressing the move, the order sets out, with uncommon precision, what was expected and agreed to respecting the employment and residence of the parties. It provides for the mother to continue to live in Halifax until December 31, 2010, during which time she would earn an income from radiology locums in the area. Beginning January 1, 2011, she would be employed with the health authority in Moncton but she would reside in both Moncton and Halifax until July 2011. After July 2011, the mother would reside only in Moncton. The order provides that in July 2011 the father and the children would move to Moncton.

[22] While the Consent Variation Order provided for the family's second move, it addressed more than custody. Significantly, in relation to the father's appeal, it changed the basis upon which child support would be payable by the mother. Under the Corollary Relief Judgment, the mother was ordered to pay child support for two children, both of whom were in the primary care of the father. Although the Consent Variation Order did not change the primary care of the children, it provides that the mother and father would each pay child support for one child, based on the "split custody" formula set out in s. 8 of the *Child Support Guidelines*. Thus, the mother would pay the father the

table amount of support for one child minus the table amount of support he would "pay" for the other child.

[23] It is worth noting the Consent Variation Order reflects the expectations for the mother's income at that time. In connection with the changes to child support, it indicates that, although it was known the mother's income from the position in Moncton would be $394,000, it was expected that her actual income would be less for the first half of 2011 since she would continue to reside part-time in Halifax. The order provides that until July 2011 the mother's annual income will be at a "rate" of $57,000.

[24] The Consent Variation Order also provides the mother will "immediately withdraw her appeal of the Corollary Relief Judgment and the decision on which it [is] based." The father submits that by doing so, the mother confirmed her acceptance of the obligation to pay spousal support on a variable basis – including based on her full income as a radiologist. The Consent Variation Order did not vary the mother's obligation to pay periodic spousal support and it provides that all provisions of the Corollary Relief Judgment that are not varied "shall continue in full force and effect hereafter." The Consent Variation Order also set out a revised payment schedule for the lump sum support instalments.

[25] After the mother began working in Moncton, the recalculation of spousal support, based on the parties' incomes, continued for a period of time with the assistance of their Nova Scotia lawyers. However, sometime in the spring of 2011 the mother and father assumed responsibility for the calculation of both child and spousal support. The father acquired *Divorcemate* software, the mother provided her income information to him, he performed the calculation and she paid. This practice continued through 2011 and into 2012.

[26] The father's employment expectations, after he and the children moved to Moncton in July 2011, were not realized. The Consent Variation Order acknowledged he could not anticipate what his income would be, but it was expected he would find

employment after moving to Moncton. Unfortunately, he did not find full-time employment until 2013. At the time of the July 2010 settlement conference, he had been working for less than two years. He had initially worked as a teacher in Halifax, but he later worked at a community college in Truro and did so until moving to Moncton. In 2013, he began working full-time at the community college, where he has since earned approximately $70,000 a year.

[27] In June 2012 the mother stopped paying support. Her new counsel in New Brunswick advised in writing that the mother had overpaid both child and spousal support. One of the issues raised was that the father had made mistakes using the *Divorcemate* software. Additionally, there is no doubt that despite earning approximately $650,000 in 2011, the mother's residual cash flow was less than expected. She was paying the table amount of child support and the *Guideline* amount of spousal support based on her actual income. She also had the obligation to make the instalment payments against the outstanding lump sum spousal support. On top of this, she was paying $10,000 per month for a London Life insurance product which she had to discontinue, ultimately losing all that had been contributed. Also, the mother sent approximately $120,000 to her sister in Hong Kong, to be held for her in her sister's name. Apparently, she feared that if she did not put the funds out of reach, they would be used/attached for support and she would not have access to them to pay her accumulating tax liability.

[28] In July 2012, the father filed a motion in Nova Scotia seeking a quantification of the support due under the existing support order.

[29] On August 23, 2012, the mother filed her motion to vary child and spousal support in New Brunswick, requesting the court take jurisdiction on the basis the parties were habitually resident here. In October, the father's motion was heard in Nova Scotia. The mother opposed it being heard there. Despite the Consent Variation Order providing that the Supreme Court of Nova Scotia would continue to have "jurisdiction over the legal issues arising from the breakdown of the marriage," the court declined jurisdiction on the basis that the parties' residence was New Brunswick.

[30] Also in August, the mother stopped working due to depression, and in September she was put off work indefinitely. She would not return to work until August 2013. The mother has managed difficulties relating to her mental health since she was in medical school in the late 1980s and it has intermittently prevented her from working. The diagnosis made in 2015 is that her severe depression has left her with a permanent cognitive impairment that "manifests itself in memory and concentration problems of a permanent nature." It is expected she will not be able to work more than three days a week in her field. This is not disputed by the father. When she increased her work week to three-and-a-half days in late 2015 and early 2016, her depression returned.

[31] The parties' first appearance on the mother's motion occurred on December 17, 2013. Following this, there were a number of further court appearances and interim orders. Only the Interim Consent Order made on December 17, 2013 (filed May 6, 2014), is significant on appeal. The father maintains the motion judge misinterpreted this order. He submits it reflects the parties' agreement to abandon the split custody approach to determining the mother's child support obligation, as provided in the Consent Variation Order, and return to her paying support for two children, as had been initially provided under the Corollary Relief Judgment based on the father having the primary care of both.

[32] The undisputed income of the parties from employment (adjusted to account for expenses), as found by the motion judge for support purposes, is as follows:

YEAR	MOTHER	FATHER
2010	$111,411	$54,790
2011	$644,380	$27,827
2012	$714,945	$10,280
2013	$73,697	$51,592
2014	$677,540	$68,456
2015	$677,257	$68,456

[33] As noted, before the motion judge the mother claimed her income as a full-time radiologist constituted a material change in circumstances which warranted a variation of the existing support order. The father's position was that there was no change in circumstances since it had been expected the mother would earn much more than $400,000. He maintained the existing order was intentionally designed to allow for fluctuations in income and it continued to be appropriate based on an income of $650,000. The motion judge rendered a decision exceeding 145 pages in length, which addressed in detail a number of contentious issues; those that are in issue on appeal are identified in the paragraphs that follow.

[34] At the commencement of the hearing of this appeal, we heard the father's motion for an order: (1) to permit him to file an affidavit containing up-to-date information respecting his current financial circumstances; and (2) to prevent the mother from being heard in connection with his appeal unless she pays all sums due under the motion judge's decision. The motion was dismissed. The evidence the father sought to introduce was subsequent in time to the motion judge's decision and was not relevant to the analysis of the errors alleged to have been made by the judge. While the mother's failure to pay support as ordered by the motion judge was of concern, especially since the record indicates it is certainly not the first time she has done so, there had been time in advance of the hearing of the appeal to pursue other, more effective proceedings and enforcement remedies. Additionally, the father provided no authority to support proceeding with his appeal on the merits but not permitting the mother to respond and, in any event, it was decided to be in the interests of justice that his appeal be heard without further delay.

III. Grounds of Appeal

[35] In his submission, the father asserts the motion judge erred:

i) by failing to interpret the Consent Variation Order as precluding an application for the variation of spousal support until a parenting assessment "has been completed and filed with both" the father and the mother;

ii) by finding that a change in circumstances has occurred permitting a variation of the spousal support, under s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.);

iii) having found there has been a change in circumstances, by thereafter:

- failing to follow the appropriate approach to vary spousal support under s. 17, and
- finding the termination of spousal support justified without having undertaken the required analysis; and

iv) by failing to interpret the Interim Consent Order made as of December 17, 2013, as varying the Consent Variation Order and ending split custody basis for determining child support.

IV. Standard of Review

[36] The standard of review in relation to support orders was succinctly described by Larlee J.A. in *B.P. v. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 N.B.R. (2d) 99:

> […] We will only interfere with a support order when there has been an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or the award is clearly wrong: […]. In short, with respect to both issues, absent error, we cannot retry the case. [para. 12]

See also *Black v. Black*, 2015 NBCA 63, [2015] N.B.J. No. 235 (QL), per Baird J.A., at para. 12.

[37] Addressing the rationale for the standard, which is of particular relevance in view of the allegations of error in this case, the Supreme Court said, in *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), per L'Heureux-Dube J.:

> When family law legislation gives judges the power to decide on support obligations based on certain objectives, values, factors, and criteria, determining whether support will be awarded or varied, and if so, the amount of the order, involves the exercise of considerable discretion by trial judges. They must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed.
>
> Our Court has often emphasized the rule that appeal courts should not overturn support orders unless the reasons disclose an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or unless the award is clearly wrong. […]
>
> There are strong reasons for the significant deference that must be given to trial judges in relation to support orders. This standard of appellate review recognizes that the discretion involved in making a support order is best exercised by the judge who has heard the parties directly. It avoids giving parties an incentive to appeal judgments and incur added expenses in the hope that the appeal court will have a different appreciation of the relevant factors and evidence. This approach promotes finality in family law litigation and recognizes the importance of the appreciation of the facts by the trial judge. Though an appeal court must intervene when there is a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error in law, it is not entitled to overturn a support order simply because it would have made a different decision or balanced the factors differently. [paras. 10-12]

V. Analysis

A. *The first issue: Clause 3 – no application to vary support until parental assessment?*

[38] The father maintains the motion judge erred by failing to interpret Clause 3 of the Consent Variation Order of April 2010 as precluding an application to vary spousal support until a parenting assessment "has been completed and filed with both" the father and the mother. The father makes essentially the same arguments he made before the motion judge. Clause 3 provides:

> 3 The following shall be added as paragraph 1C of the Corollary Relief Judgment:
>
> > Only after the completion of the 2011-2012 school year of the Children of the Marriage may either the Petitioner or the Respondent request a parenting assessment of the children of the marriage [*sic*]. If the Petitioner and the Respondent cannot agree on the identity of the person to carry out this assessment, then a judge of the Supreme Court of Nova Scotia (Family Division) at Halifax, on the application of either the Petitioner or the Respondent, shall identify the assessor. Neither the Petitioner nor the Respondent may apply to vary any terms of the Corollary Relief Judgment, as amended herein, until such an assessment has been completed and filed with both the Petitioner and the Respondent. [Emphasis added.]

[39] The father maintains Clause 3 "is specific and without ambiguity and there cannot be any variation application (and therefore no material change of circumstances) until a parental assessment has been completed and filed." He sums up his submission by claiming the parental assessment was completed and filed in June 2015, and, as a consequence, the mother's motion, filed in August 2012, should have been dismissed by the trial judge.

[40] The motion judge rejected the interpretation advanced by the father, concluding the requirement to obtain a parenting assessment applied only to custody. He said:

> When Clause 3 is viewed holistically, that is, against the backdrop of the pleadings and in the circumstances in which the order was drafted, it becomes clear what the parties and the Settlement Conference judge were attempting to prohibit was either side applying to change anything to do with the existing custody and access regime for the children. Recall the father's testimony that he agreed to the split custody model for child support calculation because he believed the mother was attempting to achieve 40% of time available to her in order to avoid application of the Federal Child Support Guidelines. It is clear from the evidence that custody and access was the dominant issue in their world at that time in 2010. Thus, I interpret "as amended herein" to have been intended to apply to Clauses 1 to 4 in the "Custody" section of the Consent Order only and not to all of the other clauses contained in the Settlement Conference Consent Orders.
>
> [Decision, para. 188]
> [Emphasis added.]

[41] The motion judge goes on to address, in the paragraph that follows, the principles applicable to the interpretation of a court order, citing the reasons of the Saskatchewan Court of Appeal in *Campbell v. Campbell*, 2016 SKCA 39, [2016] S.J. No. 149 (QL). The father's submission on appeal reproduces substantially the same passages. The father does not suggest the motion judge failed to consider the correct principles applicable to the interpretation of a court order; he asserts the judge erred in their application and came to the wrong conclusion.

[42] As Clause 3 provides, the substance of the provision is to be "added as paragraph 1C of the Corollary Relief Judgment." Paragraph 1 of the Corollary Relief Judgment provides, under the heading "Custody," that the mother and father will have joint custody of the children and the father will "continue to be the primary caregiver." The Consent Variation Order amends paragraph 1 by adding paragraphs 1A, 1B and 1C. Paragraphs 1A and 1B address the move from Halifax to Moncton and the mother's

obligation to reimburse certain moving costs of the father and children. Paragraph 1C is reproduced above. These additional paragraphs follow the original paragraph 1 under the heading "Custody."

[43] I accept the father's submission that the mother's withdrawal of her appeal of the spousal support order was an important benefit of the Consent Variation Order and he hoped or expected there would be no application to vary spousal support until after the completion of a parenting assessment. However, I do not agree that the judge erred by rejecting the father's submission that Clause 3 is unambiguous. A plain reading of the clause leads to the conclusion that no part of the Corollary Relief Judgment can be varied until a parenting assessment is filed. It is beyond question that one party's subjective understanding of an order does not drive the analysis of its interpretation. The judge interpreted the provision in the context of the live issues at the time of the Consent Variation Order. In light of the mother's application to vary custody in contemplation of her move to Moncton, the motion judge concluded the dominant issue sought to be addressed was that of custody. The motion judge did not miss or misapprehend the significance of the mother abandoning her appeal of the order for spousal support. Indeed, its significance is reflected by the judge characterizing that aspect of the Consent Variation Order as the father shrewdly bargaining a withdrawal of the mother's appeal in exchange for a move to Moncton.

[44] A connection between a parenting assessment and spousal support, or any other noncustodial order for that matter, is not plain or obvious. This is not to say that the parties could not have required a parenting assessment as a condition precedent to an application to vary any provision of the Corollary Relief Judgment. However, the language of Clause 3 does not lend itself to such an interpretation and the motion judge's interpretation does not reflect error; in my opinion, it is correct. I would dismiss this ground of appeal.

B. *The second issue – material change of circumstances*

[45] The father maintains the motion judge erred in finding the mother established a material change of circumstances based on her earning more than had been contemplated when the support order was made. He submits the motion judge failed to identify the September 2010 Consent Variation Order as the last order made and from which he was required to assess whether a material change in circumstances had occurred, as contemplated by s. 17(4.1) of the *Divorce Act*. The father says the motion judge erroneously focussed on the October 2008 decision of the trial judge and his subsequent clarification decision issued in June 2009. He maintains that had the motion judge focused on the Consent Variation Order and the circumstances giving rise to its issue, including the withdrawal of the mother's appeal of the trial judge's spousal support order, he would have concluded the mother accepted the variable support regime previously imposed by the trial judge and she acknowledged it would continue to apply, regardless of the quantum of her income. On this basis, he maintains the mother's income, at $670,000 or any other such amount, does not constitute a change in circumstances.

[46] The father makes two additional submissions which he says should have prevented the judge from finding there had been a change in circumstances in 2011. First, he maintains that by paying support based on her actual income throughout 2011 and into 2012 the mother made it clear she did not consider that quantum of income to be a change in circumstances. Second, the father submits that since the mother would not willingly disclose her expected income as a radiologist, leaving the trial judge in 2008 to determine it would be $400,000, the motion judge should not have permitted the mother to now establish her actual income as a change in circumstances. I will address each of these submissions at the end of this part of my reasons.

[47] While the Corollary Relief Judgment permits a review of the quantum of support following any change in income, the motion judge concluded this provision could not be relied upon to terminate spousal support or, as the mother claimed in the

alternative, to time-limit spousal support. He concluded it was therefore necessary to determine whether the mother established that there had been a change in circumstances under s. 17. I agree.

[48] Before varying a spousal support order, a court is required to satisfy itself that a change in "the condition, means, needs or other circumstances of either former spouse has occurred since the making of the spousal support order or the last variation order made in respect of that order" (s. 17(4.1)). As explained by Abella and Rothstein JJ. in *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] 3 S.C.R. 775:

> The focus of the analysis is on the prior order and the circumstances in which it was made. *Willick* clarifies that a court ought not to consider the correctness of that order, nor is it to be departed from lightly (p. 687). The test is whether any given change "would likely have resulted in different terms" to the order. It is presumed that the judge who granted the initial order knew and applied the law, and that, accordingly, the prior support order met the objectives set out in s. 15.2(6). In this way, the *Willick* approach to variation applications requires appropriate deference to the terms of the prior order, whether or not that order incorporates an agreement. [para. 33]
>
> [Emphasis added]

[49] At the risk of being repetitious, the mother claims her income as a radiologist turned out to be significantly more than had been contemplated. Essentially, she maintains that had the change been known, the judge would not have ordered her to pay, in addition to $300,000 in lump sum support, periodic spousal support based on the application of the *Guidelines* to her full income for an indefinite period of time – and not make an assessment of (or provision for) the support payable on income in excess of the $350,000 ceiling identified in the *Guidelines*.

[50] After canvassing the evidence, the motion judge identified the issue to be addressed and summarized the evidence. He also identified the father's position. He said:

> Has the mother established that there has been "a material change in the circumstances?" The answer begins with a return to the facts as found at trial and what appears to have been in the contemplation of the trial judge and the parties at that time in 2008 when viewed together with the orders arising from the trial.
>
> The trial judge rejected the mother's evidence that she could not estimate what her rate of remuneration would be once her studies were successfully concluded and she found employment. He accepted the father's assertion that both he and the mother believed her salary would be in the $400,000.00 range. As said, that turned out to be very close to correct when she received an offer in late 2010 of $394,000.00 to work in a health care facility in Moncton.
>
> What was not foreseen by the mother, and apparently the trial judge and father as well, was that she would earn significantly more than that, indeed, much more than that while she remained healthy[…]. [Decision, paras. 133-135]
>
> […]
>
> […] If the father could establish that it was within the contemplation of both himself and the mother that she would earn in the range of $500,000.00 - $600,000.00 once she finished her studies he could reasonably argue that there is no "material change in the [financial] circumstances" between the time the trial judge's order were put in place and the time the mother filed her motion in August 2012 or, for that matter, at the time of this motion hearing. [Decision, para. 141]
>
> [Emphasis added]

[51] The motion judge's assessment naturally began with the findings of the trial judge, including the trial judge's acceptance of the father's assertion the mother's income as a radiologist would be in the range of $400,000. The motion judge noted the inconsistency between that finding and the father's position, at the hearing of the motion, that it was expected the mother would earn between $500,000 and $600,000. The motion judge rejected this claim and he did not accept the father's explanation for the inconsistency. The father indicated that, at the divorce trial, he did not want to advance an income expectation which seemed excessively high.

[52] The motion judge's finding the mother's expected income would be in the range of $400,000 was grounded in more than the findings of the trial judge. He accepted the mother's evidence that she expected to earn in this range, even as late as 2010. He noted she accepted an income of $394,000 to work at the hospital in Moncton. He also accepted the mother's evidence that she was surprised to learn she was being paid more than $394,000. Shortly after she began working, she noticed her pay was so much higher than she expected that she inquired to see whether there had been a mistake. The motion judge also noted the father's similar surprise at the quantum of her actual earnings. While the father disagrees with the motion judge's findings in this regard, he does not assert an error, let alone a palpable error, in connection with these findings.

[53] In the end, the motion judge concluded the mother established that a change of circumstances had occurred. He explained his conclusion:

> With appropriate deference to the trial judge for the uncertain circumstances prevailing at the time of the trial in 2008 vis-à-vis what the anticipated income of the parties would be once the mother's studies were completed, I cannot conclude that the magnitude of the income change experienced by the mother when she began work fulltime was either subjectively seen, within the contemplation of the parties or ought to have been reasonably foreseeable by the parties or the trial judge at the time the orders were made in 2008 and clarified in 2009; and, the income change was not of a temporary nature. On this latter fact see, for example, *Black*.
>
> The mother has met the burden of proof cast upon her to establish that had her true income picture post-graduation been known at the time of the trial it would have led: "...to a different result had it been known at the time of the original order" no matter which of the three models of support are considered, or for that matter, if all three are considered in tandem. [paras. 148-149]
>
> [Emphasis added.]

[54] The father points to this passage of the judge's reasons to support his submission the judge focused on the wrong order and the circumstances at the wrong time. However, quite appropriately, the father does not suggest the motion judge was precluded from considering the initial support order or circumstances. He would be wrong had he done so. It is beyond question that when the trial judge crafted the spousal support order, he contemplated the mother earning an income in the range of $400,000. This is relevant to the motion judge's analysis. The essence of the father's position is that, by failing to identify the Consent Variation Order as the last order, the motion judge did not comply with s. 17(4.1) and he failed to appreciate the true significance of that order and the circumstances at the time it was made, including the mother's withdrawal of her appeal of the trial judge's order for support. The father maintains the judge should have recognized the Consent Variation Order as then contemplating the mother would thereafter pay support based on the *Guidelines*, regardless of her income, and as a consequence, any subsequent change in income could not, in itself, give rise to a change in circumstances.

[55] I do not agree the motion judge erred in this regard. The motion judge considered the Consent Variation Order along with the circumstances at the time, including the mother's withdrawal of her appeal. His exhaustive reasons make this clear, specifically addressing the mother's withdrawal of her appeal. It was not necessary, as the father submits, for the motion judge's reasons to indicate that he had analyzed the mother's appeal, including the "pleadings." Moreover, there is no factual basis to support any suggestion it was expected the mother would earn more than $400,000 – not only at the time of the trial judge's decision, but also at the time of the Consent Variation Order. In my opinion, the father reads too much into the Consent Variation Order and places an emphasis on the withdrawal of the appeal that overstates its significance in relation to the change in circumstances asserted by the mother. While the Consent Variation Order is the last order, it must be remembered that it amends the Corollary Relief Judgment without making any change to the provisions respecting periodic spousal support. It declares that all provisions of the Corollary Relief Judgment that were not varied would continue in full force and effect. Even if the Consent Variation Order were to be interpreted as the

mother accepting the obligation to pay spousal support based on the *Guidelines*, this alone would not preclude a finding that there has been a material change in circumstances based on the mother's increase in income, and a variation pursuant to s. 17. In my opinion, there is no merit to this part of the father's appeal.

[56] As noted, the father makes two further claims regarding the judge's determination that the mother met the threshold of a material change in circumstances. He submits the mother's conduct, by paying support throughout 2011 and into 2012, may be interpreted a tacit acknowledgement the change in her income was not a material change (for subsequent conduct evidencing whether the parties consider any particular change to be material, see: *L.M.P. v. L.S.* at para. 35). I do not agree the record supports such a characterization of the mother's payment of support during that period. While it did become clear, once the mother began working full-time, she would earn more than $400,000, the magnitude and significance of the increase under the *Guidelines* was neither initially nor readily apparent, as the calculations were undertaken by the father on a monthly basis. This is not a situation where it may be said the mother's conduct, of continuing to make support payments based on her higher income, is persuasive evidence of her accepting that the increase in her income was not a "material" change in circumstances.

[57] Lastly, I do not agree the motion judge erred by failing to deny the mother's request for a variation because she withheld information respecting her income when she was before the trial judge. The father submits she should not now be permitted to establish a change based on income information which he says she hid or refused to provide (see: *Gray v. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [2016] O.J. No. 958 (QL)). Frankly, that is not the situation. While in 2008 the trial judge found the mother to be evasive concerning her expected income, the motion judge found that as late as the settlement conference in July 2010 the mother expected her income would be in the range of $400,000. There was no material non-disclosure before the motion judge and I conclude the motion judge did not err as the father submits.

C. *The third issue: (1) the $450,000 cap; and (2) termination of support as of 2018*

[58] The father maintains that, even if a change in circumstance occurred, the judge erred in varying the support order by: (1) capping the mother's income for support purposes at $450,000; and (2) terminating support altogether in October 2018.

[59] Starting with the cap, the father submits the judge did not take into consideration the objectives set out in s. 17(7) of the *Divorce Act*, nor did he limit the variation to one which is appropriate in light of the change in circumstances (see *L.M.P.* at para. 50). He submits the judge erroneously varied the order by considering what the trial judge would have done had he known of the change in circumstances.

[60] With respect to the termination of spousal support as of October 2018, the father submits the judge did so without assessing whether the mother had fulfilled her support obligations to the father, as contemplated in *R.L. v. N.L.*, 2012 NBQB 123, [2012] N.B.J. No. 160 (QL). He says the judge failed to undertake any analysis to determine whether the "fundamental marital obligation had been fulfilled."

[61] In my opinion, neither of these claims accurately reflects the decision of the motion judge. Moreover, a review of his decision reveals no error in principle and no misapprehension of the evidence and, in my opinion, his decision is not clearly wrong. The judge's determination of the appropriate variation in light of the change in circumstances required an assessment of the evidence and a balancing of a number of competing objectives. There is a necessary overlap in the analysis giving rise to his decision to cap the mother's income and to time limit support. I will address them together.

[62] Early in his analysis, the motion judge noted that the legitimacy and quantum of the lump sum support of $300,000 was not in issue. This said, there is no doubt its existence could not be ignored in assessing the appropriateness of a variation of periodic support.

[63] Also early in his analysis, the motion judge identified the basis upon which spousal support had been ordered, including both lump sum and periodic support. He noted the father's entitlement to support was compensatory, non-compensatory and contractual. He explained this fully (at paras. 125-131).

[64] Summarizing the available options in light of the change in circumstances and the mother's request for support to be terminated or, alternatively, capped and time limited, the judge said:

> […] **There are five possible options proposed**. **First**, the regime could be left as is with periodic/monthly support being calculated based upon current monthly income … **Second**, the periodic/monthly spousal support could be capped at income of $400,000.00, as the income anticipated by the trial judge, or some other justifiable figure, for calculation purposes. **Third**, a "sunset clause" could be inserted in the first or second option to automatically terminate periodic/monthly spousal support at a future date. **Fourth**, the periodic/monthly spousal support could be terminated now. **Fifth**, support could be terminated at a date in the past when it should have been either at the time of the filing of the Motion or back as far as January 1st, 2011 when the regimes took practical effect and the unanticipated increase in the mother's income took place.
>
> [para. 157]
> [Emphasis added.]

[65] Significant to the father's allegations on appeal, the trial judge outlined a summary of the more "prominent factors that guide the analysis of the variation application as to periodic/monthly spousal support." These are at the centre of the balancing of competing factors and circumstances undertaken by the motion judge. He stated:

> Favoring the father:
>
> 1) He gave up a successful career in Vancouver to follow his wife to Halifax for her to pursue her studies;

2) He accepted that reemployment in his field in Halifax would be a challenge in a smaller I.T. job market;

3) He followed his wife to the smaller city of Moncton to likely an even more challenging I.T. job market, albeit in return for her having extinguished her appeal of the trial judge's judgment;

4) He is fairly anchored in Moncton until his children finish high school because of the custody and access regime in place in Moncton;

5) There have been times when he has been financially challenged due to unemployment;

6) His part of the agreement to move east was hinged to the expectation that he would share in a large increase in family income once the mother finished her studies and went to work;

7) He agreed, according to the trial judge's findings, to become a stay at home father for at least two years as part of his contribution to a better financial future for the family;

8) He exhausted his R.R.S.P. in Halifax to cover his costs of living;

9) He incurred significant debt to finance his costs of living;

10) There have been significant periods of time when the father received little or no financial support from the mother.

Favoring the mother:

1) She has largely financed most of her seven years of education in Halifax leaving her seriously in debt to this day (see *Spousal Support Advisory Guidelines: The Revised User's Guide* Professor Carol Rogerson and Professor Rollie Thompson February 2016 at ch. 1[5](e) pp. 85-89);

2) By continuing to pay off the lump sum spousal support award in the future should the reconciliation of amounts paid and due support that to be the case she is

compensating him for all of the elements identified by the trial judge as the reasons for such a large award including: spousal support otherwise payable from 2006-2008, the costs of the father's retraining, lost income of the father occasioned by the move to Halifax, long term reduction in income caused by his retraining as a teacher, his loss of sharing of her higher income in the future, his inability to have her share his repayment of his indebtness once the marriage dissolved, her inability to pay significant spousal support until her studies ended and his general contribution to her career;

3) This was a short to medium term cohabitation-marriage for no more than eleven years according to the evidence led at the motion hearing. However, the trial judge found as a fact the couple cohabited for one year and were married for nine years (See: reasons for judgment at paragraph 74);

4) The mother's mental health suffered greatly and permanently in part due to calculation errors of support obligations made by the father and due to the structure of the periodic/monthly spousal support order that amounted to a monthly *de facto* variation hearing without any criteria and a presumed entitlement to the father sharing in any increase in the mother's salary;

5) The quantum of support obligations in monetary terms as paid by the mother in the seventeen months between January 1st, 2011, just after she began work full time in Moncton until May 31st, 2012, at approximately $582,000.00, left her without adequate financial resources to meet her obligations (sometimes referred to informally as "the reason to get out of bed in the morning and go to work" reality check);

6) The NDI of the parties for a significant portion of time since separation has been weighted in favour of the father at approximately 2/3 to 1/3 if all of the payments due were paid as ordered;

7) The financial lifestyle the father enjoyed in Vancouver was not significantly different than his independent income today in Moncton, not taking into account inflation, and that standard of living having been greatly enhanced as supplemented by support payments from the mother;

> 8) That with the new custody and access regime put in place May 1st, 2016 by consent that has the daughter living full time with the mother and the son in a fully shared custody arrangement with both parents still sees the mother is paying child support to the father in the amount of $4,625.00 per month tax free paid for in after tax dollars by the mother for an extended period of time into the future.
>
> [para. 178]

[66] After canvassing the law and considering the principles applicable to post-separation income, the motion judge decided not to terminate periodic spousal support straight away; rather, he chose to vary support effective January 1, 2011, the beginning of the mother's first full year as a radiologist. He did not determine the quantum of spousal support to be paid from 2011, he capped the mother's income for the purpose of the application of the *Guidelines*. He did not do so at $400,000, as she requested: rather, he capped it at $450,000. He concluded this amount represented a fair balancing of the competing principles, including those relevant to the issue of entitlement with respect to increases in post-separation income. The motion judge made particular note of the fact that once a ceiling of $350,000 has been reached, the calculation of spousal support becomes much more a matter of the exercise of judicial discretion than simply a rote application of the *Guidelines*. In my opinion, there is no merit to the father's claim the motion judge failed to consider the objectives of the *Divorce Act* or arbitrarily varied the support order. In my opinion, his decision reflects the change in circumstances.

[67] The motion judge accepted the mother's request for spousal support to be time-limited, concluding it should continue until October 1, 2018, and that support during the last 12 months should be reduced by 50%. In assessing whether support should continue to be indefinite, or made time-limited, the judge considered all of the relevant factors, including whether the mother had satisfied her support obligations based on the compensatory, non-compensatory and contractual factors.

[68] A reading of the whole of the motion judge's reasons reveals that he thoroughly and carefully assessed all of the evidence and the entirety of the circumstances before him. He identified the appropriate principles and he considered

what had to be weighed in the balance. That his reasons do not explain in considerable detail the weight attributable to each factor is not problematic. In essence, the father asks us to reweigh the factors considered by the judge. It is because of the nature of the analysis required to be undertaken by the motion judge that the standard of review requires deference, absent discernible error. What the Supreme Court said in *Hickey* bears repeating again:

> When family law legislation gives judges the power to decide on support obligations based on certain objectives, values, factors, and criteria, determining whether support will be awarded or varied, and if so, the amount of the order, involves the exercise of considerable discretion by trial judges. They must balance the objectives and factors set out in the *Divorce Act* or in provincial support statutes with an appreciation of the particular facts of the case. It is a difficult but important determination, which is critical to the lives of the parties and to their children. Because of its fact-based and discretionary nature, trial judges must be given considerable deference by appellate courts when such decisions are reviewed. [para. 10]
>
> [Emphasis added.]

D. *The fourth issue – the Interim Consent Order, the determination of child support*

[69] The father maintains the judge erred by misinterpreting the Interim Consent Order made as of December 17, 2013 (and filed May 6, 2014) and, as a consequence, directing that child support be reconciled to 2015 based on the split custody "formula" provided in the Consent Variation Order of September 2010. The father maintains that on December 17, 2013, at the first court appearance in connection with the mother's motion, he and the mother agreed they would discontinue the split custody method of determining child support, as was provided in the Consent Variation Order, and she would pay based on the father having primary care of both children, as had been the case under the Corollary Relief Judgment of April 20, 2010. He says this is reflected in the Interim Consent Order.

[70] One of the errors alleged by the father is that the motion judge did not consider the mother's admission, made at the beginning of the hearing on May 25, 2016, that she had agreed to this change. The issue arose because the mother, for the first time since the December 2013 order, advanced the position that the child support "methodology followed in the September 2010 Consent Variation Order cannot be undone." The father objected, arguing the mother's new position ran afoul of their agreement and the Interim Consent Order. Responding to inquiries from the motion judge, the mother candidly acknowledged she agreed on December 17, 2013, to use the primary care model, not split-custody, to determine the child support that she should have paid. Indeed, this is clear from the transcript and there is no confusion regarding what had been agreed, as between the two methods of determining child support. However, the mother explained that this was only for the purpose of undertaking a reconciliation of what she should have paid with what she actually paid. In essence, she acknowledged the father's interpretation of the Interim Consent Order was correct, except that it was her position the Interim Consent Order was not intended (or inadequate) to vary the Consent Variation Order of September 2010. She indicated she would never have agreed to such a significant change by consent order. The father maintains neither their agreement to abandon the split custody method, nor the order, were limited to the reconciliation of support for settlement purposes. He submits they agreed, without limitation, to determine support based on the reality of the circumstances, he was responsible for the primary care of the children.

[71] After essentially accepting the mother's explanation, the motion judge directed the recalculation/reconsideration of child support based on the Consent Variation Order of September 2010.

[72] Important to the father's claim are the principles applicable to the interpretation of court orders. Although the motion judge did not address them specifically in connection with his interpretation of the Interim Consent Order, he set them out fully when he addressed the father's claim that the mother's motion was barred

by the Consent Variation Order until a parenting assessment had been completed. The motion judge, referring to *Campbell*, stated:

> These principles have been set forth in a number of cases. In *Sutherland v Reeves*, 2014 BCCA 222, 61 BCLR (5th) 308, Bauman C.J.B.C. stated:
>
> > First, court orders are not interpreted in a vacuum. This Court has recently described the correct approach to the interpretation of court orders (*Yu v. Jordan*, 2012 BCCA 367 at para. 53, Smith J.A.):
> >
> > > [53] In my view, the interpretation of a court order is not governed by the subjective views of one or more of the parties as to its meaning after the order is made. Rather an order, whether by consent or awarded in an adjudicated disposition, is a decision of the court. As such, it is the court, not the parties, that determines the meaning of its order. In my view, <u>the correct approach to interpreting the provisions of a court order is to examine the pleadings of the action in which it is made, the language of the order itself, and the circumstances in which the order was granted</u>.
> > > [Emphasis added.]
>
> As a result, in addition to examining the language of the Order, it is necessary to review the pleadings and surrounding circumstances. It would be an error to have regard to those factors but to then interpret a generic Model Order instead of the specific order Mr. Justice Willcock made in response to the pleadings and the surrounding circumstances before him.
>
> In *Sans Souci Limited v VRL Services Limited*, [2012] UKPC 6, Lord Sumption reached the same conclusion:
>
> > [13] ... The Board is unable to accept these propositions, because the construction of a judicial order, like that of any other legal instrument, is a single coherent process. <u>It depends on what the language of the order would convey, in the</u>

> circumstances in which the Court made it, so far as these circumstances were before the Court and patent to the parties. The reasons for making the order which are given by the Court in its judgment are an overt and authoritative statement of the circumstances which it regarded as relevant. They are therefore always admissible to construe the order. In particular, the interpretation of an order may be critically affected by knowing what the Court considered to be the issue which its order was supposed to resolve.

In *Re: Sharpe*, [1992] FCA 616 (Aust), the Court stated:

> [20] ... even if a judgment is not ambiguous, it is nevertheless proper (if not essential) in construing it to have regard to the factual context in which the judgment was given and that this context includes the pleadings, the reasons for the judgment and the course of evidence at the trial.
>
> [para. 189]
> [Emphasis added.]

[73] There is no doubt that an appreciation of the pleadings and the live issues at the time the Interim Consent Order was made is essential to its proper interpretation. The parties' positions going into the appearance on December 17, 2013, set the stage for what followed. It is helpful to recall the two prior orders. The Corollary Relief Judgment of April 2010, required the mother to pay support for the two children who were in the care of their father. Following the settlement conference in July 2010, the Consent Variation Order of September 2010 changed this calculation to the split custody method (reflecting s. 8 of the *Federal Child Support Guidelines*), even though the father continued to have primary care of both children.

[74] The analysis begins with the mother's Notice of Motion, filed in 2012, as amended on December 11, 2013. At that time, she requested a variation of spousal support as of January 2011. She similarly requested a variation of child support:

> The Consent Variation Order dated September 16, 2010 be varied as follows:

> That child support and the payment of special expenses be varied and adjusted retroactively to January 1, 2011 pursuant to Section 17(1)(a)…and in accordance with sections 4 and 10 of the *Federal Child Support Guidelines*[…]. [Emphasis added.]

[75] In her motion, the mother sought to have child support determined under ss. 4 and 10 of the *Federal Child Support Guidelines.* Section 4 applies to incomes over $150,000, and s. 10 permits the payment of a different amount than would be paid under s. 4 where it is established that such amount would cause an undue hardship to the payor. Recall that 2011 was the first year the mother earned in excess of $150,000 and, in 2012, she was having a difficult time financially and had been put off work. It is not apparent from the record that the mother ever pursued this relief, and certainly that is the case after the December 2013 court appearance. As explained above, at the hearing of the motion in 2016 the mother took the position that the Consent Variation Order could not be undone. Also different from the relief requested in her motion, the mother agreed child support should be based on her "real" income (not under s. 4) and it was based on this agreement that the motion judge ordered a reconciliation to be calculated using her actual income.

[76] The father sought to have child support reflect the reality of his having primary care of both children. He requested an end to the determination of support based on split custody, as provided by the Consent Variation Order of September 2010. In the affidavit he filed in response to the mother's motion, sworn November 12, 2013, he said:

> The change to using a split custody formula to calculate child support has not reduced the conflict between us as I had hoped that it would, and it has made support calculations much more difficult. Therefore I request that an order for primary custody in my favor be made as it reflects the real and current situation and will allow a simplification of support calculations.

[77] At the court appearance on December 17, 2013, the parties addressed, by agreement, a number of issues which are set out in the Interim Consent Order. Although custody was not an issue raised by the mother's motion, a "custodial assessment" was

ordered and there was a change to the mother's access. The order suspended further payment of the monthly installments toward the lump sum spousal support. In connection with periodic child and spousal support, orders were made to determine the quantum of any arrears (or overpayment) and the support to be paid prospectively, now that the mother had resumed working. The order provides that, on an interim basis, the mother would pay child support for two children from January 2013 – marking an end to the use of the split custody method under the Consent Variation Order of September 2010. The father says this is consistent with his position that the primary care method of determining child support was not agreed for only the limited purpose of a reconciliation.

[78] To determine the quantum of arrears (or overpayment), the parties were ordered to prepare a reconciliation of the support the mother had actually paid with "what support payments should have been" paid. In connection with the quantification of what support "should have been" paid, this was ordered to be determined "in accordance with the Corollary Relief Judgment dated April 20, 2010." As noted, there is no dispute that this captures the parties' agreement to determine child support based on the father having primary care of the children, as was the case under the Corollary Relief Judgment, and not split custody, as provided under the Consent Variation Order; however, as the mother explained at the hearing, it is her position the agreement does not vary the Consent Variation Order.

[79] Clause 5 of the Interim Consent Order provides as follows:

> The parties shall each prepare a reconciliation of support payments made, including parties incomes for each and every year since January 1, 2010, and <u>what support payments should have been, in accordance with the Corollary Relief Judgment dated April 20, 2010</u> and issued by the Nova Scotia Supreme Court (Family Division) Court File Number 1001 – 06127 (50075) and to provide same to opposing counsel no later than February 15, 2014. Council shall then meet by February 28, 2014 to review and discuss these positions. <u>If no agreement is reached on the reconciliation, this issue</u> can be addressed at the settlement

> conference or shall be determined at the final hearing in this matter.

[80] Admittedly, Clause 5 is not crystal clear on its face; however, there is no dispute it reflects the obligation to "go back to" determining child support based on the Corollary Relief Order. The issue is whether the clause is limited to a reconciliation, as the mother explained and was found by the motion judge.

[81] The parties did not agree on a final balance due from their effort at reconciliation and, as contemplated by the clause, the motion judge was required to address a reconciliation of child and spousal support. However, the father maintains the failure to agree was not because there was no agreement on the basis for determining child support. On the contrary, he maintains "the one thing that was clear," following the Interim Consent Order, was the mother's child support obligation was to be determined on the basis of the father having primary care of the children, as he sought going into the hearing on December 17, 2013.

[82] The father maintains their agreement is reflected in all dealings between the parties and the court after December 2013. He points to the Interim Consent Order itself, which determined prospective child support on the basis of the father having the primary care of both children. Though an interim order, the father says the issues that remained open to adjudication related to the mother's income, for example, her claim to not have disability insurance when she was off work between August 2012 and July 2013. The parties were again before the court on June 16, 2015. Child support was varied and again the mother's obligation to pay was based on the father having primary care of both children. In September 2015, they signed a consent order that provided for a new custodial arrangement, shared physical custody of the children. The father submits there was never any indication the mother interpreted the Interim Consent Order as she now claims or that she would take the position the Consent Variation Order could not be undone.

[83] Finally, in relation to the father's submission the Interim Consent Order was intended to extend not only to the reconciliation, for settlement purposes, but also to the disposition of the motion itself, the father points to the mother's Pre-trial Brief, filed on September 11, 2015. He says it evidences that the mother clearly recognized the agreement extended beyond possible settlement to the ultimate disposition of the motion.

[84] The hearing of the motion had been initially scheduled to begin on September 14, 2015, and the mother filed a brief dated September 11, 2015. Her brief identified the "first issue" as: "Child and spousal support be varied retroactive to January 1, 2010." This is consistent with Clause 5 of the Interim Consent Order which, as noted, required a reconciliation going back to January 2010. It is also in contrast to the mother's motion which sought to vary both child and spousal support retroactively to January 2011. Setting out her position with respect to child support, she states:

> In their Nova Scotia consent order [the Consent Variation Order], the parties agreed to a split custody formula for child support, even though the respondent has the primary care of the children. The impact of this split custody formula is to lower the child support amount payable to the respondent. **Although the intent of this approach is appreciated, it does not reflect the reality of the custodial situation and the applicant recognizes that the court has the obligation under the Divorce act to ensure the proper child support is being paid**. [para. 42]
>
> [Emphasis added]

[85] This statement might arguably be viewed as reflecting merely the belief that the split custody method of calculating child support would not be acceptable to the court, since it is inconsistent with the reality of the situation; however, the father submits the mother's agreement to abandon the split custody approach, for more than simply a consensual reconciliation, is very clear from that part of her brief which addresses spousal support. There, the mother explains that, although she maintains that the split custody formula ought to be used in the *Divorcemate* calculations of spousal support, she clearly states that this is not the case with respect to child support – since "we have altered the method of calculating child support." The brief provides:

> The current order on spousal support is the Consent Variation Order of the parties, signed in 2010. This order required a payment of mid-range spousal support after calculation of child support using the split custody formula. **For child support purposes we have altered the method of calculating child support**, but this does not mean that it is altered for the payment of spousal support. [para. 53]
>
> [Emphasis added]

[86] Not surprisingly, based on the father's position, his Pre-Hearing Brief, filed on September 11, 2015, states: "In light of the circumstances relating to the custody of the children, it was agreed that the split custody formula was not appropriate and the formula for primary custody with the ex-husband would prevail." Also consistent with the Interim Consent Order, he identifies the issue to be determined as: "What are the arrears of child and spousal support for the period of January 1, 2010 to September 3, 2015," the point where custody changed by consent.

[87] The hearing of the motion was adjourned to May 25, 2016. The father did not file a new Pre-Hearing Brief; however, the mother did, on May 19th. While she again identified the first issue as a "variation of child and spousal support retroactive to January 1, 2010," she claimed, for the first time, that child support had to be based on split custody, as provided in the Consent Variation Order. On this, her brief states, in its entirety:

> In their Nova Scotia consent order, the parties agreed to a split custody formula for child support, which is allowable under Section 15.7 of the Divorce Act.
>
> The Applicant states that the methodology followed in the September 2010 Consent Variation Order cannot be undone, and that the Section 8 split custody formula applies until the Consent Order of September 2015 was signed.
>
> [Emphasis added]

[88] As noted, at the beginning of the hearing on May 25, 2016, the father took great exception to the mother's new position and the mother candidly acknowledged the

Interim Consent Order reflects an agreement to use the primary care model to determine the child support but she explained that this was for the reconciliation, it did not vary the Consent Variation Order of September 2010.

[89] The motion was heard over 11 days. In rejecting the father's position and accepting the mother's explanation, the motion judge said:

> I find that not to be the correct interpretation of Clause 5 for the following reasons. First, the overall tenor of the clause was that it was to force an audit or reconciliation of the payments made or not made on all support accounts back to the original Corollary Relief Order based upon the parties' incomes **and in accordance with that series of orders**. If no agreement could be reached a settlement conference judge or the hearing judge on the mother's motion would determine the issue. **No mention is made in the clause that the Settlement Conference order was set aside nor is there any mention that the original order was reinstated**. **A financial "reconciliation" does not amount to a redrawing of the formulae to be used for support calculations**.
>
> Ms. Cameron, Q.C. vigorously objected to the proposed interpretation of the clause noting that she would never have given up possibly hundreds of thousands of dollars that might result from such a financial "reconciliation" by way of a consent order. She added that the only reason the original orders were not challenged on appeal was because that right was traded for other consideration at the Settlement Conference in Nova Scotia in 2010 prior to the move to Moncton. (In memoranda filed during the hearing she calculates that the difference in the credit on the mother's account for overpayment of child support would drop from $274,460.00 to $101,461.00.) [paras. 181-182]
>
> [Emphasis added]

[90] Following this determination, the motion judge directed the recalculation of child support based on the Consent Variation Order of September 2010. He stated:

> First, the recalculation/reconsideration of child support, according to the findings of this judgment, shall include **child support calculated using the split custody formula**

> **derived from the orders emanating from the settlement conference in September 2010. That formula is to be applied commencing on January 1, 2011 until the custody and access regime was recast as shared custody in September 2015**. It shall use real annual income of the parties for that calculation less annual business expenses of $30,000 for the money mother and union dues for the father […]. [para. 202]
>
> [Emphasis added]

[91] The father maintains the motion judge's interpretation fails to give any meaning to the phrase "in accordance with a Corollary Relief Judgment dated April 20, 2010". He submits the judge erroneously confined his analysis to the language of the order and he did not consider the circumstances within which the order was made. He also submits the motion judge failed to give effect to the mother's admission at the hearing of the motion that they agreed to "go back to" determining child support as provided in the Corollary Relief Judgment. The father contends the permanent discontinuance of the split custody method of determining child support is what the parties agreed and exactly what the clause intends. He submits there would have been no purpose or utility to abandoning the split custody method of determining child support for the limited purpose of a reconciliation for a settlement conference, and not in relation to the adjudication of the issue of child support in the motion. He makes the same argument to the determination of interim prospective child support.

[92] Although the father submits the motion judge failed to give effect to the mother's admission that they agreed to "go back to" determining support as provided in the Corollary Relief Judgment, it seems to me that he did. The judge did not reject the suggestion that Clause 5 provides for the determination of child support based on the primary care of the children, as the mother admitted had been agreed by the parties. He concluded the "tenor" of the provision was to "force" a reconciliation and he rejected the submission its effect was to vary the prior order, since the clause does not expressly state the Consent Variation Order is "set aside nor is there any mention that the original order [the Corollary Relief Judgment] was reinstated." The motion judge expressly noted the

mother's submission that she would never have agreed to such a significant change by consent order. I will address this separately below.

[93] In this case, the relevant circumstances start with the mother's Notice of Motion. It asked that spousal support be varied as of January 2011, the beginning of the year she first became a full-time radiologist. In connection with child support, it requested a variation of the Consent Variation Order, also as of January 2011, the year she first earned in excess of $150,000. She asked to have child support determined based on ss. 4 (incomes over $150,000) and 10 (hardship) of the *Federal Child Support Guidelines*. Responding to the mother's motion, the father claimed child support for two children, requesting an end to the split custody method of calculation provided in the Consent Variation Order. Also, the father had been unsuccessful in his effort the year before to have the Nova Scotia court reconcile/quantify the quantum of support due from the mother. He continued to seek such a reconciliation.

[94] The Interim Consent Order was made at the parties' first appearance on the mother's motion. With experienced counsel, it is no surprise the order reflects that the parties identified the issues that could be resolved and it set the stage to adjudicate those that could not. While the mother's motion did not address custody, the order provided for a parental assessment and varied the mother's access to the children. In relation to child support, prospective support was ordered for two children as of January 2013, based on the primary care method, and, even though this order was expressly stated to be interim, there was no indication the mother sought to preserve the ability to claim the Consent Variation Order (split custody) could thereafter apply or to maintain any other aspect of the compromise that led in 2010 to the adoption of the split custody approach to determining child support. In relation to arrears, Clause 5 established a process to attempt to quantify the amount owing (or overpaid) to the time of reconciliation, providing that, if not resolved, the issue would be determined by the motion judge.

[95] There is no dispute the reconciliation was to rationalize the actual cash payments made by the mother with the support payments she was required to make, with

the objective of quantifying the amount unpaid and due (or the amount overpaid). The variable in connection with what the mother should have paid was her income, which fluctuated considerably between 2010 and 2013. She had gone from doing her residency, to working as a radiologist, at first part-time and then full-time, and then being off work in August 2012 until July/August 2013, when she resumed her position she did so initially on a part time basis. The other variable was what the mother had actually paid, since she paid the father by cheque without a breakdown indicating an allocation as between child support, spousal support, etc. All of this is consistent with the father's position that there was simply no question about the basis upon which the mother's child support obligation was to be determined; it had been agreed and ordered she would pay support for both children (not split custody). The reconciliation was undertaken with a view to being used at the adjudication of the motion, if not settled before. As the order provides: if the outstanding balance due (or the amount of the overpayment) was not agreed upon at the settlement conference, it would be decided by the motion judge. There is no rationale offered for ordering the preparation of submissions for a reconciliation of the amount outstanding (or surplus) on one basis and contemplating, if unsuccessful, the adjudication would or could be undertaken on some other.

[96] I agree the circumstances do not weigh in favour of interpreting the order as relating to only a reconciliation for possible settlement – and not also to the contemplated reconciliation before the motion judge. Additionally, the parties' subsequent conduct is not consistent with an understanding by either party that there was any such limitation, including the position set out in the mother's brief of September 2015.

[97] The motion judge noted that at the beginning of the hearing the mother submitted she never would have agreed to such a significant change by consent order. This is a claim that becomes more difficult to accept when it is viewed as of the time she agreed. Nor is it a compelling submission in connection with the interpretation of the order. In December 2013, the mother was seeking to terminate spousal support or, alternatively, vary it. She was seeking to vary child support and it was obvious the father

had recently requested the split custody method of determining child support be abandoned in favour of support for two children, reflecting the reality of the situation. The mother had only returned to work months before, after not working since August 2012. There is no suggestion the mother did not appreciate the economic consequence of ending the use of the split custody method of calculating child support and she agrees the primary care method was to be used for a reconciliation. If she intended her agreement or the order to be limited in purpose or she otherwise intended to preserve the ability to assert the continued application of the split custody method as the necessary or appropriate disposition of her motion to vary child support, it is not at all reflected in the circumstances or the record. Indeed, if that were the case, it is difficult to comprehend any rationale for agreeing at all to discontinue the split custody method – whether for reconciliation purposes or prospectively, even if on an interim basis. Certainly, no explanation was offered. In fact, it appears from the record that in December 2013 there was no expectation the mother's motion to vary (the Consent Variation Order as of January 2011) would be allowed without an end to the split custody basis for determining child support since it did not reflect the reality of the circumstances. It was clear both parents no longer agreed to a child support order that was different than would otherwise be determined by the application of the *Federal Child Support Guidelines*, as contemplated by s. 15(7). Concern over the acceptability of the split custody method, in the circumstances, is expressed by the mother as late as in her September 2015 brief. In any event, there is no doubt that the subjective intent, understanding or expectation of one party does not govern the interpretation of a court order.

[98] While there is an understandable reluctance to hold a litigant to a stipulation that is not clear, the matter takes on a different complexion when it is captured in a court order. In my opinion, Clause 5 cannot reasonably bear the interpretation given to it by the motion judge. In view of the principles summarized in *Campbell v. Campbell*, it cannot be interpreted as applying to only a reconciliation for settlement but not for adjudication. The circumstances preclude the conclusion that the order does not vary the Consent Variation Order because "no mention is made in the clause that the Settlement Conference [the Consent Variation Order] order was set aside nor is there any mention

that the original order [the Corollary Relief Judgment] was reinstated." It is apparent the intent of the order is to do just that and to determine "what support payments should have been, in accordance with the Corollary Relief Judgment dated April 20, 2010," for all purposes, including adjudication of the motion.

[99] This said, even if the Interim Consent Order did not vary the Consent Variation Order, there was no adjudication of the basis upon which child support was to be determined in response to the mother's motion. Clearly, the mother abandoned her request to vary the Consent Variation Order based on ss. 4 or 10 of the *Federal Child Support Guidelines*, to claim that the methodology under the Consent Variation Order "cannot be undone." However, this is precisely what the father sought when he responded to the mother's motion in 2013 – that the order be undone and the split custody method of determining support end. This was not addressed and while this issue could be sent back to be adjudicated, I conclude we are able to make the decision that ought to be made on the record. It is on this basis I would dispose of this ground of appeal.

[100] In my view, child support should be varied as of January 1, 2011. The spousal support order was varied as of that date and this was the date requested in the mother's motion to vary child support. Also, as of January 1, 2011, the bargain forged at the settlement conference in July 2010, and reflected in the Consent Variation Order, was undone, at least partly. The circumstances of the parties changed and it is apparent the father's consent to the determination of child support on the basis of split custody did not extend beyond that arrangement. If there was a reason to hold the father to the 2010 bargain in these circumstances, it is not apparent from the record. I conclude child support ought to reflect the reality of the father having primary care of both children. Accordingly, I would order the mother pay child support based on the father having primary care of two children from January 1, 2011, until and including September 2015. In all other respects, I would leave all other determinations made by the motions judge unchanged.

V. Disposition

[101] The father's appeal is allowed in part. In relation to child support, the mother shall pay on the basis of the father having primary care of two children from January 1, 2011, until September 2015. As success has been divided, there will be no order to pay costs.

.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE FRENCH

I. Aperçu

[1] Le père interjette appel de la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine de réduire l'obligation de la mère de lui verser des aliments matrimoniaux, avec effet rétroactif au 1er janvier 2011, et de mettre fin entièrement à cette obligation à compter d'octobre 2018. Il interjette également appel de la conclusion du juge selon laquelle l'ordonnance provisoire par consentement de 2013 n'avait pas modifié l'ordonnance modificative par consentement rendue en 2010, laquelle prescrivait de calculer les aliments pour enfants en fonction d'une garde scindée; lorsque les deux ordonnances ont été rendues, dans les faits, le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants des parties. Rendue après une audience de 11 jours tenue en 2016, la décision du juge modifiait l'ordonnance d'entretien matrimonial initiale rendue par un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, en 2008, à l'issue d'un procès en divorce de cinq jours.

[2] L'ordonnance d'entretien matrimonial initiale, rendue en 2008, prenait en compte la situation unique des parties à l'époque. Tant la mère que le père vivaient alors une transition professionnelle et l'on s'attendait à ce que leurs revenus soient variables. En 2003, tous deux ont déménagé de Vancouver à Halifax, avec leurs deux jeunes enfants, la mère devant débuter une résidence en radiologie de six ans à l'Université Dalhousie. Le père a abandonné sa carrière dans le secteur informatique et, après le déménagement de la famille à Halifax, il est demeuré à la maison avec les enfants, comme en avaient convenu les parties. Ils se sont séparés deux ans plus tard, soit en septembre 2005. La mère a eu un revenu variable pendant sa résidence; le juge du procès a établi à 65 000 $ sa capacité de gain annuelle. Le juge a aussi conclu qu'une fois sa résidence terminée, la mère gagnerait environ 400 000 $ par année en travaillant comme radiologiste à temps plein.

[3] L'ordonnance ne précisait pas le montant de la pension alimentaire au profit de l'époux à verser chaque mois par la mère. Il était ordonné à la mère de payer le montant obtenu par application des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* (les « *Lignes directrices* »), en fonction de son revenu courant, ce montant devant être calculé à nouveau chaque fois que son revenu changerait. Il lui était aussi ordonné d'effectuer un paiement alimentaire forfaitaire de 300 000 $, payable par versements mensuels ne devant débuter qu'une fois la résidence terminée.

[4] La mère a finalement gagné 650 000 $ environ en 2011, la première année complète où elle a travaillé comme radiologiste. Elle a déménagé à Moncton pour occuper ce poste, puis le père et les enfants y sont venus en juillet 2011. La mère a payé des aliments matrimoniaux calculés en application des *Lignes directrices*. Elle a toutefois conclu, en 2012, qu'elle avait trop payé et, en juin, elle a cessé ses versements. En août 2012, la mère a déposé une motion en vue de la modification tant des aliments pour enfants que des aliments matrimoniaux, et, le même mois, on lui a prescrit un arrêt maladie, pour dépression. La mère a demandé la cessation du paiement d'aliments matrimoniaux et, subsidiairement, le plafonnement de son revenu à 400 000 $ aux fins du calcul des aliments, avec effet rétroactif au 1er janvier 2011, l'obligation de paiement devant être de durée déterminée. Elle a aussi demandé que le montant des aliments pour enfants soit modifié en date du 1er janvier 2011 et calculé conformément aux articles 4 et 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.* L'article 4 s'applique lorsque le revenu annuel du débiteur alimentaire est supérieur à 150 000 $, et l'article 10 autorise le paiement d'un montant différent lorsque ce débiteur établit qu'il éprouverait des difficultés excessives s'il devait verser le montant payable en application de l'article 4.

[5] La motion de la mère n'a été entendue qu'en 2016. C'est la décision du juge sur cette motion qui fait l'objet du présent appel. Le juge a admis la prétention de la mère selon laquelle son revenu donnait lieu à un changement de situation, le montant en étant bien plus élevé que celui qu'on s'attendait qu'elle gagne – 400 000 $ – lors de la

tenue du procès en divorce en 2008. Le juge a souligné qu'en exigeant que le montant des aliments soit établi par application des *Lignes directrices*, quel que soit le montant du revenu, l'ordonnance alimentaire initiale appliquait, sans que la Cour ait examiné si c'était opportun, la formule prévue dans les *Lignes directrices* pour les revenus supérieurs au plafond de 350 000 $. Le juge a modifié la pension alimentaire à verser par la mère à l'époux avec effet rétroactif au 1er janvier 2011, soit le début de sa première année complète de travail comme radiologiste. Le juge n'a pas réduit, en le fixant, le montant des aliments à verser; plutôt, comme la mère l'avait demandé, il a plafonné son revenu pour l'application des *Lignes directrices* à 450 000 $ au lieu, toutefois, du montant de 400 000 $ qu'elle avait suggéré. Il a aussi mis fin entièrement au paiement d'aliments à compter du 1er octobre 2018, et réduit leur montant de 50 % pour la dernière période de 12 mois.

[6] Quant aux aliments pour enfants, le juge saisi de la motion a souscrit à la position de la mère selon laquelle l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 devait continuer de s'appliquer jusqu'en 2015 et le montant des aliments devait être calculé selon la formule de la garde scindée. Le juge a rejeté l'argument du père selon lequel l'entente des parties et l'ordonnance provisoire par consentement du 17 décembre 2013 avaient modifié l'ordonnance modificative par consentement, mis fin au calcul des aliments pour enfants en fonction de la garde scindée et rendu obligatoire la prise en compte du fait, pour établir le montant des aliments, qu'il était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants. Le juge saisi de la motion n'a pas abordé davantage la demande de modification du père, en réponse à la motion de la mère, de l'ordonnance modificative par consentement.

[7] En appel, le père soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu un changement important de situation, en plafonnant à 450 000 $ le revenu de la mère aux fins du calcul des aliments matrimoniaux et en mettant fin entièrement au versement d'aliments en 2018. Le père fait valoir, notamment, que le juge a omis d'analyser s'il avait cessé de subir les conséquences économiques de l'échec du mariage. Le juge aurait aussi commis une erreur, soutient le père, en concluant

que l'ordonnance provisoire par consentement de décembre 2013 n'avait pas modifié l'ordonnance modificative par consentement. Pour les motifs qui vont suivre, je rejetterais l'appel du père en ce qui concerne les aliments matrimoniaux, mais je l'accueillerais en ce qui concerne les aliments pour enfants.

II. Contexte

[8] En 1995, la mère et le père ont commencé à cohabiter à Vancouver. Ils se sont épousés en décembre 1996 et ils ont eu deux enfants, l'un né en 1999 et l'autre en 2001. Les deux parents travaillaient jusqu'à ce qu'ils déménagent à Halifax.

[9] En 1989, la mère a terminé ses études de médecine à l'Université de Montréal. En 1993, elle a obtenu une maîtrise en gestion des services de santé de l'Université de la Colombie-Britannique, où elle a commencé à travailler comme chercheuse. Son revenu était d'environ 70 000 $ par année. Ayant appris en 2002 que son poste à l'Université de la Colombie-Britannique allait être supprimé, la mère a présenté des demandes d'admission aux programmes de spécialisation en médecine de diverses universités, à Vancouver, Toronto, Ottawa et Halifax. La mère a été admise au programme de radiologie de l'Université Dalhousie. Le programme, d'une durée prévue de six ans, devait débuter en 2003 et se terminer en 2009.

[10] Le père a obtenu un diplôme en mathématiques de l'Université de Waterloo et il travaillait depuis un certain temps à Vancouver lorsqu'il a rencontré la mère en 1994. Il a occupé divers postes dans le secteur technologique, gagnant parfois 100 000 $ par année. Immédiatement avant le déménagement à Halifax, en 2003, le père gagnait un revenu de 86 000 $ par année au sein d'une société informatique en démarrage, auquel s'ajoutaient des [TRADUCTION] « avantages » sous forme d'actions.

[11] Évidemment, la décision de la mère de faire une résidence de six ans à Halifax a entraîné d'importants changements pour toute la famille. Le père avait alors 41 ans et la mère, 38 ans. Aujourd'hui, il a 56 ans et elle en a 53. Les deux parties ont

vendu leur maison à Vancouver, le père a quitté son emploi et, comme convenu, il est resté à la maison pour prendre soin des enfants, alors âgés de 4 ans et de 2 ans (maintenant de 19 ans et de 17 ans). Bien qu'au procès en divorce la preuve ait été contradictoire quant à la période convenue pendant laquelle le père resterait à la maison, le juge du procès a conclu que cette période devait être d'au moins deux années. Les deux parents ont reconnu que, lorsque le père allait réintégrer le marché du travail, ses perspectives d'emploi seraient moins bonnes à Halifax, particulièrement dans le secteur informatique, qu'elles n'auraient été à Vancouver ou dans toute autre ville où la mère avait demandé son admission à un programme de spécialisation. Pour satisfaire à leurs besoins financiers à Halifax, les parents comptaient se servir du produit de la vente de leur maison (192 000 $), de leurs REER (environ 150 000 $), et des revenus gagnés par la mère pendant qu'elle effectuait sa spécialisation. Ils ont reconnu qu'il leur faudrait s'endetter pour vivre à l'aise et réaliser leur projet. Ils ont acheté une maison à Halifax.

[12] En septembre 2005, deux ans après le déménagement à Halifax, la mère et le père se sont séparés. La mère a quitté le domicile familial en décembre 2005, le père continuant d'être le principal pourvoyeur de soins des enfants.

[13] Il n'est pas surprenant que les répercussions économiques aient été presque catastrophiques pour les deux parents dans les années qui ont suivi. De plus, il ne faut pas négliger le stress émotionnel que la situation a bien sûr occasionné. La mère étant l'unique soutien de famille, elle a versé initialement des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux. Après août 2006, toutefois, elle a cessé de verser des aliments matrimoniaux et elle a demandé de pouvoir continuer, à compter de septembre 2006, de faire sa résidence à temps partiel. Cela prolongeait jusqu'en 2010, tout au moins, la période requise pour achever sa résidence, tout en réduisant ses revenus. En septembre 2006, également, le père a débuté un programme d'études de deux ans à l'Université Mount Saint Vincent, en vue de se recycler et de réintégrer le marché du travail. Le père n'a plus reçu d'aliments jusqu'à ce que le juge du procès rende la décision d'octobre 2008.

[14] Le père a demandé le divorce. Après un procès de cinq jours au printemps 2008, le juge du procès a ordonné, en octobre 2008, que le père demeure le principal pourvoyeur de soins des enfants et que la mère verse des aliments pour enfants. Il a ordonné à la mère de verser des arriérés d'aliments pour enfants de 11 088 $, en 48 versements de 231 $, et de verser 918 $ par mois pour l'avenir au titre des aliments pour enfants, en fonction du revenu de 65 000 $ qui lui avait été attribué. Il s'agissait du revenu que la mère aurait pu gagner, a conclu le juge, en participant à temps plein à son programme de spécialisation. Le juge a rendu d'autres ordonnances, visant notamment le partage de l'actif et du passif. Il a rejeté la demande faite par le père d'un partage inégal des biens matrimoniaux, notamment du domicile et des REER.

[15] Le juge du procès n'a pas ordonné le paiement d'aliments matrimoniaux pour la période allant de la date de la séparation à la date de son ordonnance. Il a ordonné à la mère d'effectuer un paiement forfaitaire d'aliments matrimoniaux de 300 000 $ et de verser des paiements alimentaires périodiques calculés conformément aux *Lignes directrices*. Le paiement alimentaire forfaitaire devait être prélevé sur la quote-part de la mère du prix de vente du domicile familial, après prise en compte du partage de l'actif et du passif. Le juge a ordonné à la mère d'acquitter le solde par versements, une fois son programme de spécialisation terminé. Une fois la maison vendue et les autres ajustements effectués, il restait à la mère environ 250 000 $ à payer, au titre du paiement alimentaire forfaitaire, lorsqu'elle a commencé à travailler à temps plein. Au moment de l'instruction de la motion, en 2016, la mère devait 250 000 $ environ au titre du paiement alimentaire forfaitaire.

[16] Comme je l'ai mentionné, il a été ordonné de calculer le montant des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux conformément aux *Lignes directrices* et de procéder à un nouveau calcul chaque fois que le montant des revenus changerait. La mère devait tout d'abord payer le montant minimal symbolique de 100 $ par mois. Voici le passage clé sur les aliments matrimoniaux et le nouveau calcul de ces aliments tiré du jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010 :

> [TRADUCTION]
> L'intimée versera au requérant, pendant une période indéterminée, des aliments matrimoniaux d'un montant, de niveau médian, établi par application des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* en fonction du taux de revenu annuel du requérant et de l'intimée, jusqu'à ce que l'on détermine que le taux de revenu annuel du requérant ou de l'intimée a changé, tel qu'il est prévu au paragraphe 11 des présentes; l'intimée versera alors au requérant des aliments matrimoniaux d'un montant établi par application des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* en fonction du taux de revenu annuel modifié du requérant ou de l'intimée. L'intimée versera au requérant un montant minimal de 100 $ par mois au titre des aliments matrimoniaux. [al. 6a)]
>
> […]
>
> Si survient une modification du taux de revenu annuel courant de l'intimée ou du requérant, communiqué conformément aux paragraphes 8, 9 ou 10 des présentes, cette modification constitue un changement de situation qui oblige l'intimée à modifier, en application des *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* et de l'alinéa 6a) du jugement sur les mesures accessoires, le montant des aliments matrimoniaux payables au requérant. Si l'intimée omet de modifier le montant des aliments matrimoniaux payables au requérant malgré ce changement de situation, le requérant ou l'intimée pourra solliciter la révision de ce montant par un tribunal compétent. [al. 11a)]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[17] Bien que le juge du procès ait rendu sa décision le 22 octobre 2008, le jugement sur les mesures accessoires n'a été inscrit que près de 18 mois plus tard, soit le 20 avril 2010. Tout n'est pas resté tranquille dans l'intervalle. La mère a soutenu que le juge du procès ne lui avait pas ordonné de faire à la fois un paiement forfaitaire et des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux; après avoir reçu les observations complémentaires des parties, le juge du procès, le 29 juin 2009, a publié des motifs supplémentaires par lesquels il rejetait cette prétention. Le juge a précisé sa décision et sa

conception de l'interaction entre les deux types d'aliments dont il avait ordonné le paiement :

> [TRADUCTION]
> La Cour a décidé, en fonction des faits d'espèce, que les versements d'aliments matrimoniaux prendraient la forme d'un paiement forfaitaire et de paiements périodiques. La cour n'a pas jugé que ces éléments s'excluaient mutuellement. La Cour a conclu, de fait, qu'il s'agissait de composantes distinctes des aliments matrimoniaux de nature complémentaire.
>
> La décision ne prévoit pas la cessation des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux lorsque débute le versement du paiement forfaitaire. La Cour a d'ailleurs prévu qu'au cours de la période initiale suivant la décision, la vente ou la disposition du domicile donnerait lieu à un paiement forfaitaire d'aliments au requérant. Il était prévu que, en toute vraisemblance, des paiements périodiques d'aliments seraient aussi faits en même temps. Cela pouvait aussi se réaliser lorsque l'intimée travaillerait comme radiologiste agréée à temps plein. Il se peut bien qu'après le 1er septembre 2010, par exemple, l'intimée fasse des versements envers le montant forfaitaire d'aliments matrimoniaux tout en étant tenue de faire des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux. Finalement, les paiements périodiques d'aliments matrimoniaux sont de durée indéterminée. Aucune date de cessation de ces paiements n'a été fixée ni envisagée. Une demande distincte sera requise pour faire cesser ces paiements.
>
> Le montant des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux devra être calculé fréquemment, comme l'on s'attend à la fluctuation des revenus des deux parties. On pourra se reporter aux *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* comme modèle en vue d'établir le montant des aliments matrimoniaux que devra payer l'intimée.
>
> [par. 28 à 30]
> [C'est moi qui souligne.]

[18] Malgré cette décision donnant des précisions, il a fallu encore neuf mois avant la publication, le 20 avril 2010, du jugement sur les mesures accessoires. Auparavant toutefois, soit en février 2010, la mère a déposé une demande de

modification de l'ordonnance du juge du procès relative aux enfants; elle demandait la garde des enfants et l'autorisation de déménager avec eux à Moncton. Un poste de radiologiste à Moncton avait été offert à la mère, poste qu'elle occuperait après avoir achevé sa résidence en 2010. La lettre d'offre d'emploi, présentée à l'appui de sa motion, faisait état d'un revenu de 394 000 $ par année – un montant très proche de celui de 400 000 $ qui, selon le juge du procès, serait gagné par la mère.

[19] Le 20 mai 2010, après que le jugement sur les mesures accessoires a été rendu, la mère a interjeté appel de la décision du juge du procès relative aux aliments matrimoniaux.

[20] La demande de modification de la garde présentée par la mère en prévision de son déménagement à Moncton a donné lieu, en juillet 2010, à une conférence de règlement amiable qui s'est déroulée, pendant deux jours, devant un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. L'ordonnance modificative par consentement qui en est résultée, en septembre 2010, est importante pour ce qui concerne le présent appel.

[21] Le juge saisi de la motion a qualifié cette ordonnance de négociation astucieuse du père en vue d'obtenir de la mère qu'elle retire son appel à l'encontre de la décision du juge du procès relative aux aliments matrimoniaux, lui-même acceptant en échange de déménager à Moncton avec les enfants. Abordant le déménagement, l'ordonnance établit, avec une précision inhabituelle, ce qui est attendu des parties et ce dont elles ont convenu en matière d'emploi et de lieu de résidence. L'ordonnance prévoit que la mère continuera de vivre à Halifax jusqu'au 31 décembre 2010 et que, pendant cette période, elle gagnera un revenu en travaillant comme radiologiste suppléante dans la région. Selon l'ordonnance, la mère travaillera pour la régie de la santé à Moncton à compter du 1er janvier 2011, mais elle résidera à la fois à Moncton et à Halifax jusqu'en juillet 2011. Après juillet 2011, la mère résidera uniquement à Moncton. En juillet 2011, d'après l'ordonnance, le père et les enfants déménageront à Moncton.

[22] L'ordonnance modificative par consentement traitait, outre du deuxième déménagement de la famille, d'autres questions que celle de la garde. Fait important, au regard de l'appel du père, l'ordonnance modifiait le fondement du paiement des aliments pour enfants par la mère. Le jugement sur les mesures accessoires ordonnait à la mère de payer des aliments pour enfants à l'égard des deux enfants, le père étant le principal pourvoyeur de soins de l'un et de l'autre. Bien que l'ordonnance modificative par consentement n'apporte pas de changement quant au parent qui est le principal pourvoyeur de soins, elle prévoit que la mère et le père paieront chacun des aliments pour enfants à l'égard d'un des enfants, selon la formule de la garde scindée (garde exclusive exercée par chacun des parents) énoncée à l'art. 8 des *Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants*. Ainsi, la mère paierait au père le montant d'aliments prévu dans la table applicable pour un enfant, moins le montant à « payer » par le père, prévu dans la table applicable, pour l'autre enfant.

[23] Il convient de noter que l'ordonnance modificative par consentement tient compte du montant alors prévisible des revenus de la mère. Quant aux modifications apportées aux aliments pour enfants, l'ordonnance précise que, si l'on savait que la mère allait tirer un revenu de 394 000 $ de son emploi à Moncton, l'on s'attendait à ce que son revenu réel soit moindre pendant la première moitié de l'année 2011 puisqu'elle allait continuer d'habiter à Halifax à temps partiel. L'ordonnance prévoit que, jusqu'à juillet 2011, le [TRADUCTION] « taux » du revenu de la mère serait de 57 000 $ par année.

[24] L'ordonnance modificative par consentement prévoit aussi que la mère [TRADUCTION] « retirera immédiatement son appel à l'encontre du jugement sur les mesures accessoires et de la décision sur laquelle il se fonde ». Le père soutient que, ce faisant, la mère a confirmé qu'elle acceptait l'obligation de payer des aliments matrimoniaux sur une base variable – notamment en fonction de son revenu total gagné comme radiologiste. L'ordonnance modificative par consentement n'a pas modifié l'obligation de la mère de faire des paiements périodiques d'aliments matrimoniaux et elle prévoit que toutes les dispositions non modifiées du jugement sur les mesures

accessoires [TRADUCTION] « demeureront pleinement applicables par la suite ». L'ordonnance modificative par consentement établit aussi un calendrier révisé pour les versements envers le paiement alimentaire forfaitaire.

[25] Après que la mère a commencé à travailler à Moncton, les avocats des parties en Nouvelle-Écosse ont continué, pendant un certain temps, de procéder aux nouveaux calculs des aliments matrimoniaux en fonction des revenus de leurs clients. Au printemps 2011, toutefois, la mère et le père se sont chargés de calculer le montant tant des aliments pour enfants que des aliments matrimoniaux. Le père a acquis le logiciel *Divorcemate* et, sur la base des renseignements transmis par la mère au sujet de ses revenus, il a calculé le montant des paiements, que celle-ci a effectués. Les parties ont continué de procéder ainsi en 2011 et en 2012.

[26] Les espoirs du père d'obtenir un emploi ne se sont pas réalisés après qu'il a déménagé à Moncton, en juillet 2011, avec les enfants. L'ordonnance modificative par consentement reconnaissait que le père ne pouvait pas prévoir quel serait son revenu, mais l'on s'attendait à ce qu'il se trouve un emploi une fois déménagé à Moncton. Malheureusement, le père ne s'est pas trouvé un emploi à temps plein avant 2013. Au moment où la conférence de règlement amiable s'est déroulée, en juillet 2010, le père travaillait depuis moins de deux ans. Le père a d'abord travaillé comme enseignant à Halifax, puis il a eu un emploi dans un collège communautaire, à Truro, qu'il a occupé jusqu'à son déménagement à Moncton. En 2013, le père a commencé à travailler au collège communautaire à temps plein, et il y gagne depuis un salaire d'environ 70 000 $ par année.

[27] En juin 2012, la mère a cessé de verser des aliments. Sa nouvelle avocate au Nouveau-Brunswick a fait savoir par écrit qu'elle avait payé en trop tant des aliments pour enfants que des aliments matrimoniaux. L'un des problèmes soulevés était que le père avait commis des erreurs en utilisant le logiciel *Divorcemate*. Il ne fait aucun doute non plus que, bien que la mère ait gagné environ 650 000 $ en 2011, ses liquidités résiduelles étaient moins importantes que prévu. Elle payait, en fonction de son revenu

réel, le montant d'aliments pour enfants de la table applicable et le montant d'aliments matrimoniaux conforme aux *Lignes directrices*. La mère était aussi tenue de payer par versements le montant forfaitaire d'aliments matrimoniaux restant à acquitter. De plus, elle avait versé 10 000 $ par mois pour une assurance souscrite auprès de la London Life qu'elle avait dû résilier, perdant ainsi toutes les primes payées. La mère avait aussi envoyé une somme d'environ 120 000 $ à sa sœur, à Hong Kong, afin que celle-ci la détienne pour elle à son nom. Il semblerait que la mère craignait que, si elle ne mettait pas cette somme hors d'atteinte, elle serait utilisée ou saisie pour le versement d'aliments et elle ne pourrait plus s'en servir pour acquitter ses dettes fiscales qui s'accumulaient.

[28] En juillet 2012, le père a déposé une motion en Nouvelle-Écosse pour faire établir le montant des aliments dus en application de l'ordonnance alimentaire existante.

[29] Le 23 août 2012, la mère a déposé au Nouveau-Brunswick sa motion en vue de la modification des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux, en demandant à la Cour de se reconnaître compétente puisque les parties y résidaient habituellement. En octobre, la motion du père a été entendue en Nouvelle-Écosse. La mère s'est opposée à ce que cette motion y soit entendue. Même si l'ordonnance modificative par consentement prévoyait que la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse continuerait d'avoir [TRADUCTION] « compétence à l'égard des questions juridiques découlant de l'échec du mariage », celle-ci a décliné compétence au motif que les parties résidaient au Nouveau-Brunswick.

[30] En août, de même, la mère a cessé de travailler parce qu'elle souffrait de dépression et, en septembre, elle a été mise en arrêt de travail pour une durée indéterminée. La mère n'a repris le travail qu'en août 2013. Depuis ses études de médecine, à la fin des années 1980, la mère a fait face à des problèmes de santé mentale qui, par intermittence, l'ont empêchée de travailler. Un diagnostic a été posé en 2015 : l'état dépressif grave de la mère lui avait occasionné un déficit cognitif permanent [TRADUCTION] « se traduisant par des problèmes permanents de mémoire et de

concentration ». On ne s'attend pas à ce que la mère soit en mesure de travailler plus de trois jours par semaine dans son domaine. Le père n'a pas contesté ces faits. Lorsque la mère est passée à une semaine de trois jours et demi de travail à la fin de 2015 et au début de 2016, elle a de nouveau souffert de dépression.

[31] Dans le cadre de la motion de la mère, les parties ont comparu pour la première fois le 17 décembre 2013. Il y a eu par la suite un certain nombre d'autres comparutions en cour et d'ordonnances provisoires. Seule l'ordonnance provisoire par consentement du 17 décembre 2013 (déposée le 6 mai 2014) s'avère significative pour ce qui concerne le présent appel. Le père soutient que le juge saisi de la motion a mal interprété cette ordonnance. Il estime que l'ordonnance correspond à l'entente des parties de ne plus recourir à la formule de la garde scindée pour calculer les aliments pour enfants à payer par la mère, tel qu'il est prévu dans l'ordonnance modificative par consentement, la mère devant à nouveau verser des aliments pour les deux enfants, tel que le jugement sur les mesures accessoires le prévoyait initialement, en raison du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants.

[32] Les revenus d'emploi non contestés des parties (ajustés pour tenir compte des dépenses) sont les suivants, selon les conclusions du juge saisi de la motion aux fins du calcul des aliments :

ANNÉE	MÈRE	PÈRE
2010	111 411 $	54 790 $
2011	644 380 $	27 827 $
2012	714 945 $	10 280 $
2013	73 697 $	51 592 $
2014	677 540 $	68 456 $
2015	677 257 $	68 456 $

[33] Tel qu'il a été mentionné, la mère a soutenu devant le juge saisi de la motion que le revenu tiré de son emploi de radiologiste à temps plein constituait un changement de situation important justifiant la modification de l'ordonnance alimentaire existante. Le père a soutenu de son côté que la situation n'avait pas changé puisqu'il avait

été prévu que la mère gagnerait plus de 400 000 $. Il a affirmé que l'ordonnance existante permettait expressément la prise en compte des variations de revenu et qu'elle convenait toujours pour un revenu de 650 000 $. Le juge saisi de la motion a rendu une décision de plus de 145 pages traitant en détail de nombreuses questions litigieuses; les questions en litige dans le présent appel sont exposées dans les paragraphes qui suivent.

[34] Au début de l'instruction du présent appel, nous avons entendu la motion par lequel le père sollicitait une ordonnance (1) l'autorisant à déposer un affidavit présentant des renseignements à jour sur sa situation financière courante, et (2) interdisant à la mère de se faire entendre dans le cadre de son appel, tant qu'elle n'aurait pas fait tous les paiements imposés par la décision du juge saisi de la motion. La motion a été rejetée. La preuve que le père demandait à produire était postérieure à la décision du juge saisi de la motion, et ne présentait pas d'intérêt pour l'analyse des erreurs prétendument commises par ce dernier. Quant au défaut de la mère de payer des aliments prescrits par le juge saisi de la motion, cela est préoccupant, le dossier révélant particulièrement que ce n'était certes pas la première fois, mais le père avait eu le temps, avant l'instruction de l'appel, d'engager d'autres procédures et d'exercer d'autres recours plus efficaces. De plus, le père n'a cité aucun précédent autorisant à trancher l'appel sur le fond sans permettre à la mère de répondre et, quoi qu'il en soit, il a été jugé dans l'intérêt de la justice d'entendre le présent appel sans autre délai.

III. Moyens d'appel

[35] Dans son mémoire, le père soutient que le juge saisi de la motion a commis les erreurs suivantes :

i. il n'a pas interprété l'ordonnance modificative par consentement comme interdisant de demander la modification des aliments matrimoniaux avant qu'une évaluation de la capacité de parentage [TRADUCTION] « ait été effectuée et présentée tant » au père qu'à la mère;

ii. il a conclu qu'était survenu un changement de situation qui autorisait la modification des aliments matrimoniaux en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.);

iii. après avoir conclu qu'était survenu un changement de situation, il

- n'a pas respecté la démarche prévue à l'art. 17 pour la modification des aliments matrimoniaux, et
- il a estimé justifié de mettre fin au versement d'aliments matrimoniaux, sans avoir procédé à l'analyse requise;

iv. il n'a pas interprété l'ordonnance provisoire par consentement du 17 décembre 2013 comme modifiant l'ordonnance modificative par consentement et mettant fin au recours à la formule de la garde scindée pour établir le montant des aliments pour enfants.

IV. Norme de contrôle

[36] La juge d'appel Larlee a décrit succinctement dans *B.P. c. A.T.*, 2014 NBCA 51, 423 R.N.-B. (2e) 99, la norme de contrôle applicable aux ordonnances alimentaires :

> […] Nous ne modifierons une ordonnance alimentaire qu'en cas d'erreur de principe ou d'erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée : […]. Bref, à l'égard des deux questions, en l'absence d'une erreur, nous ne pouvons pas refaire le procès de l'affaire. [par. 12]

Voir aussi *Black c. Black*, 2015 NBCA 63, [2015] A.N.-B. n° 235 (QL), la juge d'appel Baird, par. 12.

[37] Lorsqu'elle a abordé la justification de la norme, d'intérêt particulier eu égard aux allégations d'erreur en l'espèce, dans *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), la juge L'Heureux-Dubé, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a déclaré ce qui suit :

> Lorsque des dispositions législatives en matière de droit de la famille confèrent aux juges de première instance le pouvoir de rendre des ordonnances alimentaires en fonction de certains objectifs, de certaines valeurs, de certains facteurs et de certains critères, ceux-ci doivent jouir d'une grande discrétion pour décider si une pension alimentaire sera accordée ou modifiée et, dans l'affirmative, pour en fixer le montant. Ils doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision.
>
> Notre Cour a souvent insisté sur la règle qui veut qu'une cour d'appel n'infirme une ordonnance alimentaire que si les motifs révèlent une erreur de principe ou une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée. […]
>
> Il existe des raisons sérieuses de faire preuve d'une grande retenue envers les décisions rendues par les juges de première instance en matière d'aliments. Cette norme d'examen en appel reconnaît que le juge qui a entendu les parties est le mieux placé pour exercer le pouvoir discrétionnaire qu'implique le prononcé d'une ordonnance alimentaire. On dissuade ainsi les parties d'interjeter appel du jugement et d'engager des frais supplémentaires dans l'espoir que la cour d'appel appréciera différemment les facteurs pertinents et la preuve. Cette approche est de nature à promouvoir la finalité des affaires en matière familiale et reconnaît l'importance de l'appréciation des faits par le juge de première instance. Bien qu'une cour d'appel doive intervenir lorsqu'elle relève une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit, il ne lui est pas permis

> d'infirmer une ordonnance alimentaire pour le seul motif qu'elle aurait rendu une décision différente ou aurait soupesé les facteurs différemment. [par. 10 à 12]

V. Analyse

A. *Première question en litige – la clause 3 interdit-elle la modification des aliments avant qu'une évaluation de la capacité de parentage ait été effectuée?*

[38] Le père soutient que le juge saisi de la motion a commis une erreur en n'interprétant pas la clause 3 de l'ordonnance modificative par consentement d'avril 2010 comme interdisant de demander la modification des aliments matrimoniaux avant qu'une évaluation de la capacité de parentage [TRADUCTION] « ait été effectuée et présentée tant » au père qu'à la mère. Le père avance essentiellement les mêmes arguments que ceux qu'il a exposés au juge saisi de la motion. La clause 3 est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION]
> 3 Les dispositions suivantes sont ajoutées à titre de paragraphe 1C au jugement sur les mesures accessoires :
>
> > Le requérant ou l'intimée pourra demander une évaluation de la capacité de parentage des enfants à charge [*sic*] uniquement une fois terminée l'année scolaire 2011-2012 de ces derniers. Si le requérant et l'intimée ne peuvent s'entendre sur la personne devant effectuer l'évaluation, un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Division de la famille) à Halifax, à la demande soit du requérant, soit de l'intimée, choisira cette personne. Ni le requérant ni l'intimée ne pourra demander la modification de modalités du jugement sur les mesures accessoires, tel qu'il est modifié par la présente ordonnance, avant qu'une telle évaluation ait été effectuée et présentée tant au requérant qu'à l'intimée. [C'est moi qui souligne.]

[39] Le père affirme que la clause 3 [TRADUCTION] « est précise et sans ambiguïté : il ne peut y avoir de demande de modification (et ainsi de changement de situation important) avant qu'une évaluation de la capacité de parentage ait été effectuée

et présentée ». Pour résumer, il fait valoir que, l'évaluation ayant été effectuée et présentée en juin 2015, le juge du procès aurait dû rejeter la motion de la mère, déposée en août 2012.

[40] Le juge saisi de la motion a rejeté l'interprétation du père et a conclu que l'obligation d'obtenir une évaluation de la capacité de parentage ne s'appliquait qu'à la question de la garde. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> Lorsque l'on examine la clause 3 globalement, c'est-à-dire en tenant compte des plaidoiries et des circonstances dans lesquelles l'ordonnance a été rédigée, il devient manifeste que ce que les parties et le juge de la conférence de règlement amiable visaient à interdire, c'était que l'une ou l'autre partie change quoi que ce soit au régime existant de garde des enfants et d'accès. Rappelons que le père a déclaré avoir consenti au calcul des aliments pour enfants selon le modèle de la garde scindée parce qu'il croyait que la mère cherchait à obtenir 40 % du temps pour éviter l'application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. Il ressort clairement de la preuve que la question de la garde et de l'accès était alors, en 2010, au centre de leurs préoccupations. J'interprète ainsi l'expression [TRADUCTION] « tel qu'il est modifié par la présente ordonnance » comme visant à s'appliquer uniquement aux clauses 1 à 4 de la section [TRADUCTION] « Garde » de l'ordonnance par consentement, et non à toutes les autres clauses des ordonnances par consentement découlant de la conférence de règlement amiable.
>
> [Décision, par. 188]
> [C'est moi qui souligne.]

[41] Le juge saisi de la motion traite ensuite, dans les paragraphes subséquents, des principes régissant l'interprétation d'une ordonnance judiciaire et cite les motifs de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Campbell c. Campbell*, 2016 SKCA 39, [2016] S.J. No. 149 (QL). Dans son mémoire en appel, le père reproduit essentiellement les mêmes passages. Le père fait valoir, non pas que le juge saisi de la motion n'a pas examiné les bons principes s'appliquant à l'interprétation d'une ordonnance judiciaire,

mais qu'il a appliqué ces principes erronément et qu'il en est arrivé à la mauvaise conclusion.

[42] La clause 3 prévoit que ses dispositions doivent être [TRADUCTION] « ajoutées à titre de paragraphe 1C au jugement sur les mesures accessoires ». Le paragraphe 1 du jugement sur les mesures accessoires prévoit, sous la rubrique [TRADUCTION] « Garde », que la mère et le père auront la garde conjointe des enfants et que le père [TRADUCTION] « continuera d'être le principal pourvoyeur de soins ». L'ordonnance modificative par consentement modifie le paragraphe 1 par l'ajout des paragraphes 1A, 1B et 1C. Les paragraphes 1A et 1B traitent du déménagement d'Halifax à Moncton et de l'obligation de la mère de rembourser certains frais de déménagement du père et des enfants. Le paragraphe 1C est reproduit ci-dessus. Ces paragraphes additionnels suivent le paragraphe 1 original figurant sous la rubrique « Garde ».

[43] Je souscris à l'argument du père selon lequel le retrait, par la mère, de l'appel qu'elle avait interjeté à l'encontre de l'ordonnance d'entretien matrimonial constituait un avantage considérable de l'ordonnance modificative par consentement et il avait souhaité ou escompté qu'aucune demande de modification des aliments matrimoniaux ne soit présentée avant la réalisation d'une évaluation de la capacité de parentage. Toutefois, je ne crois pas que le juge a commis une erreur lorsqu'il a rejeté l'observation du père selon laquelle la clause 3 était non ambigüe. Il appert du sens ordinaire de la clause qu'aucune partie du jugement sur les mesures accessoires ne peut être modifiée tant qu'une évaluation de la capacité de parentage n'aura pas été présentée. Il ne fait aucun doute que la compréhension subjective d'une ordonnance qu'a une partie ne guide pas l'analyse de son interprétation. Le juge a interprété la disposition en tenant compte des questions réelles qui existaient lorsque l'ordonnance modificative par consentement a été rendue. Le juge saisi de la motion a conclu, à la lumière de la demande de modification de la garde présentée par la mère en prévision de son déménagement à Moncton, que la question principale qui devait être tranchée était celle de la garde. Le juge saisi de la motion a bien compris l'importance du retrait, par la mère, de son appel à l'encontre de l'ordonnance d'entretien matrimonial. En effet, le juge a

souligné l'importance du retrait puisqu'il a qualifié ce volet de l'ordonnance modificative par consentement de négociation astucieuse du père en vue d'obtenir de la mère qu'elle retire son appel en échange d'un déménagement à Moncton.

[44] Il n'est ni simple ni évident d'établir un lien entre une évaluation de la capacité de parentage et les aliments matrimoniaux, voire toute ordonnance autre que de garde. Cela ne signifie toutefois pas pour autant que les parties n'auraient pas pu demander qu'une évaluation de la capacité de parentage constitue une condition préalable à une demande de modification de toute disposition du jugement sur les mesures accessoires. Cependant, le libellé de la clause 3 ne se prête pas à cette interprétation et l'interprétation du juge saisi de la motion n'est pas erronée; à mon avis, elle est juste. Je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

B. *Deuxième question en litige – changement de situation important*

[45] Le père affirme que le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la mère avait démontré qu'il y avait eu un changement de situation important parce que son revenu était supérieur à ce qui avait été envisagé lorsque l'ordonnance alimentaire a été rendue. Il soutient que le juge saisi de la motion n'a pas considéré l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 comme étant la dernière ordonnance rendue et celle qu'il fallait utiliser pour déterminer si un changement de situation important était survenu, comme le prévoit le paragraphe 17(4.1) de la *Loi sur le divorce*. Le père prétend que le juge saisi de la motion s'est attaché, à tort, à la décision rendue par le juge du procès en octobre 2008 et à sa décision ultérieure donnant des précisions, rendue en juin 2009. Il affirme que si le juge saisi de la motion s'était attaché à l'ordonnance modificative par consentement et aux circonstances qui y ont donné lieu, notamment le retrait de l'appel de la mère à l'encontre de l'ordonnance d'entretien matrimonial du juge du procès, il aurait conclu que la mère avait consenti au régime de prestations alimentaires variables imposé auparavant par le juge du procès et qu'elle avait reconnu que ce régime continuerait de s'appliquer quel que soit son revenu.

Il affirme donc que le revenu de la mère, qu'il soit de 670 000 $ ou de tout autre montant, ne constitue pas un changement de situation.

[46] Le père présente deux autres observations qui, selon lui, auraient dû empêcher le juge de conclure qu'il y avait eu un changement de situation en 2011. Il affirme d'abord que la mère a démontré clairement, en versant des aliments qui étaient fonction de son revenu effectif en 2011 et en 2012, qu'elle n'estimait pas que son montant constituait un changement de situation. Ensuite, le père soutient que parce que la mère ne voulait pas communiquer de bon gré le revenu qu'elle prévoyait gagner en tant que radiologiste, obligeant ainsi le juge du procès à établir en 2008 que ce revenu serait de 400 000 $, le juge saisi de la motion n'aurait pas dû permettre à la mère d'établir que son revenu effectif constituait un changement de situation. J'examinerai ces observations à la fin de cette partie de mes motifs.

[47] Même si le jugement sur les mesures accessoires prévoit que le montant des aliments peut être revu à la suite d'un changement de revenu, le juge saisi de la motion a conclu que cette disposition ne pouvait pas être invoquée pour mettre fin aux aliments matrimoniaux ou, comme la mère l'a demandé à titre subsidiaire, imposer une durée déterminée au versement de ces aliments. Il a conclu qu'il fallait donc déterminer si la mère avait démontré ou non qu'il y avait eu un changement de situation au sens de l'art. 17. Je suis d'accord.

[48] Avant de modifier une ordonnance d'entretien matrimonial au profit d'un époux, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement « dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, la situation de l'un ou l'autre des ex-époux depuis que cette ordonnance ou la dernière ordonnance modificative de celle-ci a été rendue » (par. 17(4.1)). Comme l'ont expliqué les juges Abella et Rothstein dans l'arrêt *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] 3 R.C.S. 775 :

> L'analyse est centrée sur l'ordonnance antérieure et les circonstances dans lesquelles elle a été rendue. L'arrêt *Willick* précise que le tribunal ne devrait pas examiner la

> justesse de cette ordonnance, ni la modifier à la légère (p. 687). Le critère consiste à déterminer si un changement donné « se serait vraisemblablement traduit par des dispositions différentes » dans l'ordonnance. Il faut présumer que le juge qui a rendu l'ordonnance initiale connaissait le droit et l'a appliqué, et que cette ordonnance répondait aux objectifs énoncés au par. 15.2(6). Ainsi, l'analyse des demandes de modification proposée dans *Willick* accorde la déférence voulue aux dispositions de l'ordonnance antérieure, qu'une entente y ait été intégrée ou non. [par. 33]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[49] Au risque de me répéter, je signale que la mère affirme que le revenu qu'elle gagne à titre de radiologiste est considérablement plus élevé que ce qui était prévu. Elle soutient essentiellement que si le changement avait été connu, le juge ne lui aurait pas ordonné de verser, outre le paiement alimentaire forfaitaire de 300 000 $, des aliments matrimoniaux périodiques calculés par application des *Lignes directrices* à son revenu intégral, pour une durée indéterminée, sans évaluer les paiements alimentaires payables à l'égard du revenu en sus du plafond de 350 000 $ prévu dans les *Lignes directrices* (ou sans tenir compte de ces paiements).

[50] Après s'être livré à un examen approfondi de la preuve, le juge saisi de la motion a cerné la question en litige et a résumé la preuve. En outre, il a mis en évidence la position du père. Voici ce qu'il a dit :

> [TRADUCTION]
> La mère a-t-elle démontré qu'il est survenu « un changement de situation important »?Pour répondre à cette question, il faut examiner les faits retenus au procès ainsi que ce que le juge et les parties semblent avoir alors envisagé en 2008 de concert avec les ordonnances ayant découlé du procès.
>
> Le juge du procès a rejeté la preuve de la mère selon laquelle elle ne pouvait pas estimer son taux de rémunération lorsqu'elle aurait terminé ses études et trouvé un emploi. Il a admis l'assertion du père selon laquelle celui-ci et la mère croyaient tous deux que son salaire serait d'environ 400 000 $. Comme il est indiqué, ce montant

> était très près de la réalité lorsque la mère a reçu, à la fin de 2010, une offre de 394 000 $ pour travailler dans un établissement de soins de santé à Moncton.
>
> Ce que la mère n'avait pas prévu, ni le juge du procès ou le père apparemment, est qu'elle gagnerait considérablement plus que cela, beaucoup plus que cela en fait tant qu'elle demeurerait en santé […]. [Décision, par. 133 à 135]
>
> […]
>
> […] Si le père pouvait démontrer que le père et la mère avaient pu envisager que cette dernière gagnerait entre 500 000 $ et 600 000 $ à la fin de ses études, le père pourrait raisonnablement prétendre qu'il n'y a pas eu de « changement de situation [financière] important » entre le prononcé de l'ordonnance du juge du procès et la date en août 2012 où la mère a déposé sa motion ou, d'ailleurs, le moment de l'instruction de la présente motion. [Décision, par. 141]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[51] Le juge saisi de la motion a tout naturellement commencé par examiner les conclusions du juge du procès, notamment le fait que celui-ci a retenu l'affirmation du père selon laquelle la mère gagnerait un revenu d'environ 400 000 $ comme radiologiste. Le juge saisi de la motion a relevé l'incompatibilité de cette conclusion et de la position du père, lors de l'instruction de la motion, selon laquelle on prévoyait que le revenu de la mère se situerait entre 500 000 $ et 600 000 $. Le juge saisi de la motion a rejeté cette assertion ainsi que l'explication avancée par le père quant à l'incompatibilité. Le père a dit qu'il n'avait pas voulu, lors du procès en divorce, exprimer des attentes de revenu qui auraient semblé excessives.

[52] La conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle le revenu prévu de la mère serait de quelque 400 000 $ ne reposait pas uniquement sur les conclusions du juge du procès. Il a admis le témoignage de la mère selon lequel elle s'attendait à gagner environ cette somme, même à la fin de 2010. Il a constaté qu'elle avait accepté un salaire de 394 000 $ pour travailler à l'hôpital de Moncton. Il a aussi retenu le témoignage de la mère lorsqu'elle a affirmé avoir été surprise d'apprendre qu'elle toucherait plus que

394 000 $. Peu après son entrée en poste, la mère a constaté que son salaire était tellement plus élevé que ce à quoi elle s'attendait qu'elle s'est renseignée pour savoir s'il y avait eu erreur. De plus, le juge saisi de la motion a constaté la surprise du père lorsqu'il a pris connaissance du revenu effectif de la mère. Bien que le père ne souscrive pas aux conclusions du juge saisi de la motion à cet égard, il ne prétend pas ces conclusions comportent une erreur, encore moins une erreur manifeste.

[53] En fin de compte, le juge saisi de la motion a conclu que la mère avait démontré qu'il était survenu un changement de situation. Il explique sa conclusion en ces termes :

> [TRADUCTION]
> En toute déférence envers le juge du procès eu égard au contexte d'incertitude qui existait lors du procès, en 2008, quant au revenu prévu des parties à la fin des études de la mère, je ne peux pas conclure que l'écart considérable entre le revenu prévu et effectif de la mère lorsqu'elle a commencé à travailler à temps plein a été subjectivement considéré, aurait pu être envisagé par les parties ou encore aurait pu raisonnablement être prévu par les parties ou le juge du procès lorsque les ordonnances ont été prononcées en 2008, puis précisées en 2009. En outre, le changement au titre du revenu n'était pas temporaire. Voir notamment, quant à ce dernier point, l'arrêt *Black*.
>
> La mère s'est acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait de démontrer que si son revenu effectif après ses études avait été connu au moment du procès cela aurait mené [TRADUCTION] « […] à un autre résultat s'il avait été connu lorsque l'ordonnance initiale a été rendue » quel que soit l'un quelconque des trois régimes d'aliments examinés, ou même si les trois régimes avaient été pris en compte en même temps. [par. 148 et 149]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[54] Le père invoque cet extrait à l'appui de son observation selon laquelle le juge a mis l'accent sur la mauvaise ordonnance et s'est penché sur la situation à la mauvaise époque. Cependant, le père ne donne pas à penser, à bon droit, que le juge saisi de la motion ne pouvait pas tenir compte de l'ordonnance alimentaire ou de la situation

initiales. Il aurait eu tort de le faire. Sans nul doute, lorsque le juge du procès a rédigé l'ordonnance d'entretien matrimonial, il envisageait que la mère gagnerait quelque 400 000 $. Ce fait est pertinent au regard de l'analyse du juge saisi de la motion. Le père affirme essentiellement que le juge saisi de la motion n'a pas satisfait aux exigences du par. 17(4.1) parce qu'il n'a pas considéré que l'ordonnance modificative par consentement était la dernière ordonnance et n'a pas tenu compte de l'importance véritable de cette ordonnance et du contexte dans lequel elle a été rendue, y compris le retrait par la mère de son appel à l'encontre de l'ordonnance alimentaire du juge du procès. Le père prétend que le juge aurait dû reconnaître que l'ordonnance modificative par consentement prévoyait que la mère paierait par la suite des aliments calculés en fonction des *Lignes directrices*, quel que soit son revenu, et, par conséquent, que tout changement de revenu ultérieur ne pouvait pas en soi donner lieu à un changement de situation.

[55] Je ne suis pas d'avis que le juge saisi de la motion a commis une erreur à cet égard. Celui-ci a tenu compte de l'ordonnance modificative par consentement ainsi que de la situation à l'époque, notamment le retrait par la mère de son appel. Cela ressort manifestement de ses motifs exhaustifs, particulièrement en ce qui a trait au retrait par la mère de son appel. Il n'était pas nécessaire, comme le soutient le père, que le juge saisi de la motion indique dans ses motifs qu'il avait analysé l'appel de la mère, y compris les « plaidoiries ». En outre, aucun fondement factuel n'étaye la proposition selon laquelle on s'attendait à ce que la mère gagne plus de 400 000 $ – tant au moment où la décision du juge du procès qu'au moment où l'ordonnance modificative par consentement ont été rendues. À mon avis, le père attache trop d'importance à l'ordonnance modificative par consentement et il met l'accent sur le retrait de l'appel, ce qui lui donne trop de poids eu égard au changement de situation invoqué par la mère. Bien que l'ordonnance modificative par consentement soit la dernière ordonnance, il faut garder à l'esprit qu'elle modifie le jugement sur les mesures accessoires sans apporter de changement aux dispositions sur les paiements périodiques d'aliments matrimoniaux. L'ordonnance modificative par consentement précise que toutes les dispositions du jugement sur les mesures accessoires qui n'ont pas été modifiées demeureront en vigueur. Même si

l'ordonnance modificative par consentement devait être interprétée comme si la mère acceptait l'obligation de verser des aliments matrimoniaux calculés conformément aux *Lignes directrices*, ce fait seul n'empêcherait pas de conclure qu'il y a eu un changement de situation important au titre de la hausse du revenu de la mère et ainsi une modification au sens de l'art. 17. À mon avis, ce volet de l'appel du père est sans fondement.

[56] Comme je l'ai souligné, le père fait deux autres allégations au sujet de la conclusion du juge selon laquelle la mère a démontré qu'il était survenu un changement de situation important. Il affirme que la conduite de la mère, soit en versant des aliments en 2011 et 2012, peut être interprétée comme une reconnaissance tacite que le changement dans son revenu ne constituait pas un changement important (voir *L.M.P. c. L.S.*, par. 35, pour la conduite subséquente démontrant si les parties estiment ou non qu'un changement particulier leur paraissait important). Je ne suis pas d'avis que le dossier étaye cette qualification du paiement des aliments pendant cette période. Bien qu'il ait été évident, lorsque la mère a commencé à travailler à temps plein, qu'elle gagnerait plus de 400 000 $, l'ampleur et l'importance de la hausse pour l'application des *Lignes directrices* n'étaient pas évidentes au départ ni faciles à observer puisque le père effectuait les calculs mensuellement. Il ne s'agit pas d'une situation où l'on peut affirmer que la conduite de la mère, soit en continuant de verser des aliments en fonction de son revenu plus élevé, constitue une preuve convaincante de son admission du fait que l'augmentation de son revenu n'était pas un changement de situation « important ».

[57] Enfin, je ne suis pas d'avis que le juge saisi de la motion a commis une erreur en ne rejetant pas la demande de modification de la mère parce qu'elle avait refusé de communiquer des renseignements sur son revenu lorsqu'elle a comparu devant le juge du procès. Le père soutient que la mère ne devrait pas pouvoir démontrer maintenant l'existence d'un changement sur la foi de renseignements sur son revenu que, dit-il, elle a dissimulé ou refusé de communiquer (voir l'arrêt *Gray c. Rizzi*, 2016 ONCA 152, [2016] O.J. No. 958 (QL)). Franchement, ce n'est pas le cas en l'espèce. Même si le juge du procès a conclu en 2008 que la mère était évasive à propos de son revenu escompté, le juge saisi de la motion a conclu que, aussi tard qu'à la tenue de la conférence de

règlement amiable, en juillet 2010, la mère s'attendait à ce que son revenu soit de quelque 400 000 $. Il n'y a pas eu de non-communication importante devant le juge saisi de la motion et je conclus que ce dernier n'a pas commis l'erreur reprochée par le père.

C. *Troisième question en litige – (1) le plafond de 450 000 $ et (2) la cessation du versement d'aliments en 2018*

[58] Le père affirme que, même s'il y a eu un changement de situation, le juge a commis une erreur lorsqu'il a modifié l'ordonnance alimentaire (1) en plafonnant le revenu de la mère à 450 000 $ aux fins du calcul des aliments, et (2) en mettant fin au versement d'aliments en octobre 2018.

[59] Pour ce qui est du plafonnement, le père prétend que le juge n'a pas tenu compte des objectifs énumérés au par. 17(7) de la *Loi sur le divorce* et qu'il ne s'est pas limité à apporter la modification qui s'imposait en raison du changement de situation (*L.M.P.*, par. 50). Il soutient que le juge a modifié l'ordonnance à tort en prenant en considération ce que le juge du procès aurait fait s'il avait eu connaissance du changement de situation.

[60] S'agissant de la cessation des aliments matrimoniaux à compter d'octobre 2018, le père soutient que le juge l'a prescrite sans évaluer si la mère s'était acquittée ou non de ses obligations alimentaires envers le père, tel que le prévoyait l'arrêt *R.L. c. N.L.*, 2012 NBBR 123, [2012] A.N.-B. n° 160 (QL). Il affirme que le juge ne s'est pas livré à l'analyse permettant d'établir si [TRADUCTION] « l'obligation maritale fondamentale avait été honorée ».

[61] À mon avis, ni l'une ni l'autre de ces assertions ne traduit bien la décision du juge saisi de la motion. Qui plus est, il ressort d'un examen de la décision qu'elle ne comporte pas d'erreur de principe ni d'erreur d'interprétation de la preuve et, à mon avis, elle n'est pas manifestement erronée. Pour déterminer la modification pertinente à apporter en raison du changement de situation, le juge a dû se livrer à une appréciation de

la preuve et pondérer plusieurs objectifs divergents. Il y a nécessairement chevauchement dans l'analyse donnant lieu à sa décision de plafonner le revenu de la mère et de limiter la durée de la pension alimentaire. J'aborderai ensemble ces deux éléments.

[62] Au début de son analyse, le juge saisi de la motion a indiqué que la légitimité et le montant du paiement alimentaire forfaitaire de 300 000 $ n'étaient pas en cause. Cela dit, il ne fait aucun doute qu'il fallait en tenir compte pour déterminer la pertinence de modifier les paiements périodiques d'aliments.

[63] Le juge saisi de la motion a aussi cerné au début de son analyse le fondement des aliments matrimoniaux, y compris le paiement forfaitaire et les paiements périodiques. Il a indiqué que le droit du père à des aliments avait un fondement compensatoire, non compensatoire et contractuel. Il a expliqué cela en détail (par. 125 à 131).

[64] Le juge a déclaré ce qui suit pour résumer les options possibles à la lumière du changement de situation et de la demande présentée par la mère pour mettre fin aux aliments ou, subsidiairement, pour les plafonner et les assortir d'une durée déterminée :

> [TRADUCTION]
> […] **Cinq options possibles sont proposées. Premièrement**, le régime pourrait demeurer inchangé, les paiements alimentaires périodiques/mensuels étant calculés en fonction du revenu mensuel courant […]. **Deuxièmement**, les paiements d'aliments matrimoniaux périodiques/mensuels pourraient être plafonnés en fonction d'un revenu de 400 000 $, soit le revenu prévu par le juge du procès, ou un autre montant justifiable, aux fins de calcul. **Troisièmement**, une « clause d'extinction » pourrait être ajoutée à la première ou à la deuxième option pour mettre fin automatiquement aux paiements d'aliments matrimoniaux périodiques/mensuels à une date ultérieure. **Quatrièmement**, il pourrait être mis fin maintenant aux paiements d'aliments matrimoniaux périodiques/mensuels. **Cinquièmement**, il pourrait être mis fin aux paiements d'aliments à une date antérieure opportune, soit à la date de

> dépôt de la motion, ou aussi loin que le 1er janvier 2011, lorsque les régimes ont commencé à produire leurs effets et qu'il y a eu une augmentation imprévue du revenu de la mère.
>
> [par. 157]
>
> [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[65] Le sommaire des [TRADUCTION] « facteurs importants qui nous guident dans l'analyse de la demande de modification des paiements d'aliments matrimoniaux périodiques/mensuels » dressé par le juge du procès est important pour ce qui concerne les allégations faites par le père en appel. Ces facteurs sont au centre de la mise en balance de circonstances et de facteurs divergents entreprise par le juge saisi de la motion. Il a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Facteurs favorisant le père :
>
> 1. il a renoncé à une fructueuse carrière à Vancouver pour accompagner son épouse à Halifax afin qu'elle y poursuive ses études;
>
> 2. il a accepté le fait que sa réinsertion professionnelle serait difficile à Halifax puisque le marché des T.I. y est moins développé;
>
> 3. il a suivi son épouse à Moncton, une ville plus petite où le marché de l'emploi dans le domaine des T.I. est vraisemblablement encore plus restreint, bien qu'il l'ait fait parce qu'elle a retiré son appel à l'encontre de la décision du juge du procès;
>
> 4. il est assez bien ancré à Moncton jusqu'à ce que ses enfants terminent leurs études secondaires en raison du régime de garde et d'accès en place dans cette ville;
>
> 5. il y a eu des périodes où il a éprouvé des difficultés financières parce qu'il ne travaillait pas;
>
> 6. il a accepté de déménager dans l'Est parce qu'il s'attendait à tirer parti d'une importante hausse du revenu familial lorsque la mère aurait terminé ses études et commencé à travailler;

7. selon les conclusions du juge du procès, il a convenu de rester à la maison afin de s'occuper des enfants pendant au moins deux ans, soit son apport à l'avenir financier amélioré de la famille;

8. il a décaissé son REER à Halifax pour financer ses frais de subsistance;

9. il a contracté des dettes non négligeables pour financer ses frais de subsistance;

10. il y a eu de longues périodes où le père a reçu peu ou pas de soutien financier de la mère.

Facteurs favorisant la mère :

1) elle a financé en grande partie la majorité de ses sept années d'études à Halifax et elle est donc encore lourdement endettée (voir les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : Guide d'utilisation révisé*, Professeure Carol Rogerson et Professeur Rollie Thompson, février 2016, ch. 1[5]e), p. 98 à 103);

2) en continuant ses versements au titre du paiement forfaitaire d'aliments matrimoniaux à l'avenir si le rapprochement des sommes versées et exigibles appelle ce résultat, la mère indemnise le père à l'égard de tous les éléments énumérés par le juge du procès comme justifiant ce montant si élevé, dont les aliments matrimoniaux par ailleurs payables de 2006 à 2008, les frais associés à la rééducation professionnelle du père, la perte de revenu du père découlant du déménagement à Halifax, la baisse de revenu à long terme issue de la rééducation professionnelle de ce dernier comme enseignant, le fait qu'il ne peut pas tirer parti du revenu plus élevé de la mère à l'avenir, le fait qu'il n'a pu exiger qu'elle participe au remboursement de ses dettes après la dissolution du mariage, l'incapacité de la mère de verser au père des aliments matrimoniaux importants avant la fin de ses études et la contribution générale du père à sa carrière;

3) selon la preuve déposée lors de l'audition de la motion, il s'agissait d'une cohabitation et d'un mariage de courte à moyenne durée, soit d'au plus 11 ans – cependant, selon la conclusion de fait du juge du procès, le couple a cohabité pendant un an et a été marié pendant neuf ans (voir les motifs du jugement, par. 74);

4) la mère a subi de graves problèmes permanents de santé mentale causés en partie par des erreurs de calcul des paiements d'aliments matrimoniaux commises par le père et par la structure de l'ordonnance établissant les paiements alimentaires périodiques/mensuels, équivalant à une audience de modification de fait sans critères et un droit présumé du père de tirer parti de toute augmentation salariale de la mère;

5) le montant, du point de vue monétaire, des paiements alimentaires versés par la mère pendant la période de 17 mois comprise entre le 1er janvier 2011, peu de temps après son entrée en fonction à temps plein à Moncton, et le 31 mai 2012, soit quelque 582 000 $, l'a laissée sans ressources financières suffisantes pour satisfaire à ses obligations (ce qu'on appelle familièrement la confrontation avec la réalité, soit la raison de se lever le matin pour aller travailler);

6) le revenu net disponible des parties pour une grande partie du temps écoulé depuis la séparation a été pondéré en faveur du père, selon un ratio de 2/3 à 1/3 environ, en fonction du versement, tel qu'il a été prescrit, de tous les paiements exigibles;

7) le mode de vie financier dont le père bénéficiait à Vancouver ne diffère pas considérablement de celui que lui accorde aujourd'hui son revenu indépendant à Moncton, compte non tenu de l'inflation, et les paiements alimentaires versés par la mère contribuent grandement à rehausser ce niveau de vie;

8) même avec le nouveau régime de garde et d'accès instauré le 1er mai 2016 par consentement aux termes duquel la fille demeure à plein temps avec la mère et le fils vit avec les deux parents suivant un arrangement de garde partagée moitié-moitié, la mère

> verse encore au père une pension alimentaire mensuelle pour enfants de 4 625,00 $ libre d'impôt payée en dollars après impôt pour une période prolongée à l'avenir.
>
> [par. 178]

[66] Après avoir examiné le droit et tenu compte des principes applicables au revenu après la séparation, le juge saisi de la motion a décidé de ne pas mettre immédiatement fin aux aliments matrimoniaux périodiques. Il a plutôt choisi de modifier les aliments matrimoniaux à compter du 1er janvier 2011, soit le début de la première année complète de travail de la mère comme radiologiste. Il n'a pas fixé le montant des aliments matrimoniaux qui devait être versé à compter de 2011, il a fixé le plafond du revenu de la mère pour l'application des *Lignes directrices*. Il n'a pas fixé ce plafond à 400 000 $ comme elle l'avait demandé, mais plutôt à 450 000 $. Il a conclu que ce montant constituait une mise en balance équitable de principes divergents, y compris ceux relatifs à la question du droit aux augmentations de revenu après la séparation. Le juge saisi de la motion a signalé que, lorsqu'on atteint le plafond de 350 000 $, le calcul des aliments matrimoniaux relève davantage d'un exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire que d'une simple application machinale des *Lignes directrices*. À mon avis, l'allégation du père selon laquelle le juge saisi de la motion n'a pas tenu compte des objectifs visés par la *Loi sur le divorce*, ou a modifié de façon arbitraire l'ordonnance alimentaire, n'est pas fondée. Selon moi, sa décision correspond au changement de situation.

[67] Le juge saisi de la motion a accueilli la demande de la mère d'assortir les aliments matrimoniaux d'une durée déterminée, qu'il a fixée au 1er octobre 2018, et de réduire les aliments de 50 % pendant les 12 derniers mois. Lorsqu'il a examiné si les aliments devaient toujours être de durée indéterminée, ou être assortis d'une durée déterminée, le juge a tenu compte de tous les facteurs pertinents, notamment la question de savoir si la mère s'était acquittée de ses obligations alimentaires selon leurs fondements compensatoire, non compensatoire et contractuel.

[68] Il appert de la lecture de l'ensemble des motifs du juge saisi de la motion qu'il a examiné attentivement et en profondeur l'ensemble des éléments de preuve et des circonstances qui lui ont été présentés. Il a cerné les principes pertinents et a tenu compte de ce qui devait être mis en balance. Le fait que ses motifs ne comportent pas d'explication circonstanciée de la pondération attribuée à chaque facteur ne pose pas problème. Le père nous demande essentiellement de pondérer de nouveau les facteurs dont le juge a tenu compte. Vu la nature de l'analyse que le juge saisi de la motion devait mener, la norme de contrôle applicable appelle, en l'absence d'une erreur apparente, la déférence. Il y a lieu de répéter les propos que la Cour suprême a tenus dans *Hickey* :

> Lorsque des dispositions législatives en matière de droit de la famille confèrent aux juges de première instance le pouvoir de rendre des ordonnances alimentaires en fonction de certains objectifs, de certaines valeurs, de certains facteurs et de certains critères, ceux-ci doivent jouir d'une grande discrétion pour décider si une pension alimentaire sera accordée ou modifiée et, dans l'affirmative, pour en fixer le montant. Ils doivent, dans l'appréciation des faits, soupeser les objectifs et les facteurs énoncés dans la *Loi sur le divorce* ou dans les lois provinciales relatives aux ordonnances alimentaires. Il s'agit d'une décision difficile mais importante, qui peut s'avérer cruciale dans la vie des ex-époux et de leurs enfants. Vu sa nature factuelle et discrétionnaire, la décision du juge de première instance doit faire l'objet d'une grande déférence par la cour d'appel appelée à réviser une telle décision. [par. 10]
>
> [C'est moi qui souligne.]

D. *Quatrième question en litige – l'ordonnance provisoire par consentement et l'établissement des aliments pour enfants*

[69] Le père soutient que le juge a commis une erreur en interprétant erronément l'ordonnance provisoire par consentement rendue le 17 décembre 2013 (et déposée le 6 mai 2014) et, par conséquent, en ordonnant que les aliments pour enfants soient calculés, en date de 2015, selon la « formule » de la garde scindée prescrite dans l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010. Le père affirme que le 17 décembre 2013, soit la date de la première comparution en cour pour ce qui est de la

motion de la mère, la mère et lui ont convenu qu'il serait mis fin au recours à la formule de la garde scindée pour établir le montant des aliments pour enfants, tel que le prescrivait l'ordonnance modificative par consentement, et que la mère verserait des prestations calculées en fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants, comme cela était prévu dans le jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010. Il prétend que cela ressort de l'ordonnance provisoire par consentement.

[70] L'une des erreurs alléguées par le père est que le juge saisi de la motion n'aurait pas tenu compte de l'admission que la mère a faite au début de l'audience du 25 mai 2016 selon laquelle elle avait convenu de ce changement. La question s'est posée parce que la mère, pour la première fois depuis le prononcé de l'ordonnance de décembre 2013, a soutenu que [TRADUCTION] « la démarche prévue dans l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 ne peut pas être changée ». Le père s'y est opposé, affirmant que la nouvelle position de la mère allait à l'encontre de leur entente et de l'ordonnance provisoire par consentement. En réponse aux questions du juge saisi de la motion, la mère a candidement reconnu qu'elle avait accepté le 17 décembre 2013 le recours à la formule tenant compte du principal pourvoyeur de soins, plutôt qu'à la formule de la garde scindée, pour le calcul des aliments pour enfants qu'il lui fallait verser. Cela ressort d'ailleurs nettement de la transcription et il n'y a aucune confusion quant au choix des parties parmi les deux méthodes de calcul des aliments pour enfants. La mère a toutefois expliqué que le seul but était d'opérer un rapprochement entre le montant qu'elle aurait dû payer et celui qu'elle avait effectivement versé. Elle a essentiellement reconnu que l'interprétation faite par le père de l'ordonnance provisoire par consentement était juste, sauf qu'à son avis, cette ordonnance n'avait pas pour objet de modifier l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 (et qu'elle ne suffisait pas à cette fin). Elle a déclaré qu'elle n'aurait jamais consenti à ce qu'un changement d'une telle envergure soit effectué par voie d'ordonnance par consentement. Le père prétend que ni leur entente en vue d'abandonner le recours à la formule de la garde scindée ni l'ordonnance n'avaient pour seule portée le rapprochement du montant des aliments à des fins de règlement. Il

soutient que la mère et lui ont convenu sans réserve du calcul des aliments selon les faits, soit qu'il était le principal pourvoyeur de soins des enfants.

[71] Après avoir essentiellement accepté l'explication de la mère, le juge saisi de la motion a ordonné un nouveau calcul et un nouvel examen des aliments pour enfants sur le fondement de l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010.

[72] Les principes applicables à l'interprétation des ordonnances judiciaires sont importants pour ce qui est de l'allégation du père. Bien que le juge saisi de la motion n'ait pas abordé expressément ces principes lorsqu'il a interprété l'ordonnance provisoire par consentement, il les a exposés intégralement lorsqu'il s'est penché sur l'allégation du père selon laquelle l'ordonnance modificative par consentement faisait obstacle à la motion de la mère jusqu'à ce qu'on ait procédé à une évaluation de la capacité de parentage. Le juge saisi de la motion a déclaré ce qui suit en renvoyant à l'arrêt *Campbell* :

> [TRADUCTION]
> Ces principes ont été mis de l'avant dans plusieurs affaires. Dans *Sutherland c. Reeves*, 2014 BCCA 222, 61 B.C.L.R. (5th) 308, le juge en chef Bauman (de la Cour d'appel de la C.-B.) a affirmé :
>
> > [TRADUCTION]
> > D'abord, les ordonnances judiciaires ne sont pas interprétées hors contexte. Notre Cour a récemment exposé la bonne démarche pour interpréter les ordonnances judiciaires (*Yu c. Jordan*, 2012 BCCA 367, par. 53, le juge d'appel Smith) :
> >
> > > [TRADUCTION]
> > > [53] À mon avis, l'interprétation d'une ordonnance judiciaire n'est pas régie par les points de vue subjectifs d'une ou de plusieurs parties quant à sa signification après sa délivrance. L'ordonnance, qu'elle soit par consentement ou rendue dans le cadre d'une décision, constitue plutôt une décision du tribunal. En conséquence, il revient au tribunal, et

> non aux parties, de déterminer le sens de l'ordonnance qu'il a rendue. À mon avis, la démarche qui convient pour interpréter les dispositions d'une ordonnance judiciaire est d'examiner les plaidoiries présentées dans l'action, le libellé de l'ordonnance et les circonstances dans lesquelles l'ordonnance a été rendue.
>
> [C'est moi qui souligne.]

Par conséquent, il faut, en plus d'examiner le libellé de l'ordonnance, tenir compte des plaidoiries et des circonstances connexes. Ce serait une erreur de prendre ces facteurs en considération puis d'interpréter l'ordonnance comme s'il s'agissait d'un modèle générique plutôt que l'ordonnance précise rendue par le juge Willcock à la lumière des plaidoiries et des circonstances qui lui ont été soumises.

Dans l'arrêt *Sans Souci Limited c. VRL Services Limited*, [2012] UKPC 6, lord Sumption en est arrivé à la même conclusion :

> [TRADUCTION]
>
> [13] [...] La Commission ne peut souscrire à ces assertions parce que l'interprétation d'une ordonnance judiciaire, à l'instar de celle de tout autre instrument juridique, constitue un processus cohérent. Elle est tributaire du message véhiculé par le libellé de l'ordonnance dans les circonstances dans lesquelles elle a été rendue, dans la mesure où ces circonstances ont été présentées à la Cour et sont manifestes pour les parties. Les motifs formulés dans le jugement de la Cour à l'appui de l'ordonnance constituent un énoncé explicite et rigoureux des circonstances qu'elle estime être pertinentes. Ils sont donc toujours admissibles pour interpréter l'ordonnance. Tout particulièrement, ce que la Cour considérait être la question en litige à trancher par l'ordonnance peut avoir un effet crucial sur l'interprétation de celle-ci.

Dans l'arrêt *Re: Sharpe*, [1992] FCA 616 (Aust.), la Cour a déclaré :

> [TRADUCTION]
> [20] ... [M]ême si un jugement n'est pas ambigu, il est néanmoins indiqué, voire essentiel, de tenir compte, dans le cadre de son interprétation, du contexte factuel dans lequel il a été rendu, notamment des plaidoiries, des motifs du jugement et de la présentation de la preuve au procès.
> [par. 189]
> [C'est moi qui souligne.]

[73] Il ne fait aucun doute que, pour bien interpréter l'ordonnance provisoire par consentement, il est essentiel d'évaluer les plaidoiries et les questions qui étaient en litige lorsqu'elle a été rendue. Les positions des parties lorsqu'elles ont comparu le 17 décembre 2013 ont frayé la voie à ce qui allait suivre. Il importe de revenir sur les deux ordonnances antérieures. Le jugement sur les mesures accessoires rendu en avril 2010 obligeait la mère à verser une pension alimentaire pour les deux enfants, dont le père était le pourvoyeur de soins. Après la conférence de règlement amiable qui a eu lieu en juillet 2010, l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 a modifié le calcul des aliments pour qu'il soit effectué suivant la formule de la garde scindée (garde exclusive) (suivant l'art. 8 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*), même si le père était toujours le principal pourvoyeur de soins des deux enfants.

[74] L'analyse commence par l'avis de motion déposé par la mère en 2012, tel qu'il a été modifié le 11 décembre 2013. À ce moment-là, la mère a demandé la modification des aliments matrimoniaux à compter de janvier 2011. Elle a en outre demandé la modification des aliments pour enfants :

> [TRADUCTION]
> L'ordonnance modificative par consentement datée du 16 septembre 2010 soit modifiée de la façon suivante :
>
> Que la pension alimentaire pour enfants et le paiement des dépenses spéciales soient modifiés et ajustés avec effet rétroactif au 1er janvier 2011 en vertu de l'alinéa 17(1)a) […] et conformément aux articles 4 et 10 des *Lignes*

> *directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* […]. [C'est moi qui souligne.]

[75] Dans sa motion, la mère demandait que la pension alimentaire pour enfants soit calculée conformément aux articles 4 et 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants.* L'article 4 s'applique à un revenu supérieur à 150 000 $, et l'art. 10 prévoit le paiement d'un montant différent de celui qui serait déterminé en application de l'art. 4 s'il est établi que ce montant causerait des difficultés excessives au débiteur alimentaire. Il faut garder à l'esprit que 2011 était la première année où la mère a gagné plus de 150 000 $ et qu'en 2012 elle éprouvait des difficultés financières et avait été mise en arrêt de travail. Il n'appert pas du dossier que la mère avait donné suite à cette mesure réparatoire et cela est assurément le cas après la comparution devant le tribunal en décembre 2013. Comme il est indiqué précédemment, la position de la mère lors de l'audition de la motion en 2016 était que l'ordonnance modificative par consentement ne pouvait pas être changée. Contrairement à la mesure réparatoire demandée dans sa motion, la mère a convenu que la pension alimentaire pour enfants devrait être fonction de son revenu « réel » (pas en vertu de l'art. 4) et le juge saisi de la motion s'est fondé sur cette entente pour ordonner qu'un rapprochement soit établi en fonction de son revenu effectif.

[76] Le père voulait que les aliments pour enfants reflètent les faits, soit qu'il était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants. Il a demandé qu'il soit mis fin au calcul des aliments suivant la formule de la garde scindée, comme le prévoyait l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010. Il a fait les déclarations suivantes dans l'affidavit qu'il a souscrit le 12 novembre 2013 et déposé en réponse à la motion de la mère :

> [TRADUCTION]
> La modification imposant l'application de la formule de la garde scindée pour établir le montant des aliments pour enfants n'a pas désamorcé le conflit entre nous comme je l'espérais, et elle complique davantage le calcul des aliments. Par conséquent, je demande qu'une ordonnance de garde principale soit rendue en ma faveur parce qu'elle

> reflète la situation réelle et actuelle et elle simplifiera le calcul des aliments.

[77] Lorsqu'elles ont comparu devant le tribunal le 17 décembre 2013, les parties se sont entendues pour régler plusieurs questions en litige énoncées dans l'ordonnance provisoire par consentement. Bien que la garde n'ait pas été abordée dans la motion de la mère, une « évaluation en matière de garde » a été imposée et l'accès de la mère a été modifié. L'ordonnance prévoyait la suspension d'autres versements mensuels au titre du paiement alimentaire forfaitaire. Pour ce qui est des paiements périodiques d'aliments pour enfants et d'aliments matrimoniaux, des ordonnances ont été rendues pour établir le montant des arriérés (ou du trop-payé) et les aliments devant être versés à l'avenir puisque la mère avait recommencé à travailler. Selon l'ordonnance, la mère verserait provisoirement une pension alimentaire pour les deux enfants dès janvier 2013, mettant ainsi fin à l'utilisation de la formule de la garde scindée prévue dans l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010. Le père soutient que cela est conforme à sa position selon laquelle les parties ne s'étaient pas entendues sur la méthode du principal pourvoyeur de soins pour calculer les aliments pour enfants dans le seul but d'établir un rapprochement.

[78] Pour calculer le montant des arriérés (ou du trop-payé), il avait été ordonné aux parties d'établir un rapprochement entre les aliments que la mère avait effectivement versés et les [TRADUCTION] « aliments qui auraient dû être » versés. Il a été ordonné d'entreprendre l'évaluation quantitative des aliments qui [TRADUCTION] « auraient dû être » versés [TRADUCTION] « conformément au jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010 ». Comme il est indiqué précédemment, il ne fait aucun doute que cela correspond à l'entente des parties pour ce qui est du calcul de la pension alimentaire pour enfants en fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des enfants, comme le prévoyait le jugement sur les mesures accessoires, et non suivant la formule de la garde scindée énoncée dans l'ordonnance modificative par consentement. La mère a toutefois affirmé à l'audience que, selon elle, l'entente ne modifiait pas l'ordonnance modificative par consentement.

[79] Voici le libellé de la clause 5 de l'ordonnance provisoire par consentement :

> [TRADUCTION]
> Chaque partie établit un rapprochement entre les aliments versés, en indiquant notamment son revenu pour chaque année depuis le 1er janvier 2010, et les aliments qui auraient dû être versés conformément au jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010 rendu par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Division de la famille), numéro du greffe 1001 – 06127 (50075), et le remet à l'avocat de la partie adverse au plus tard le 15 février 2014. Les avocats se rencontreront ensuite le 28 février 2014 pour étudier ces positions et en discuter. Si les parties ne s'entendent pas au sujet du rapprochement, cette question pourra être examinée lors de la conférence de règlement amiable ou sera tranchée lors de la dernière audience en l'espèce.

[80] Il faut reconnaître que la clause 5 est, à première vue, loin d'être claire. Cependant, il est indubitable qu'elle exprime l'obligation de revenir en arrière pour calculer les aliments pour enfants en fonction du jugement sur les mesures accessoires. La question à trancher est celle de savoir si la clause ne vise qu'un rapprochement, comme l'affirme la mère et comme l'a conclu le juge saisi de la motion.

[81] À l'issue de leur tentative d'établir un rapprochement, les parties ne s'entendaient pas sur le solde final payable et, comme il appert de la clause, le juge saisi de la motion devait se pencher sur le rapprochement des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux. Le père affirme toutefois que l'incapacité des parties d'en arriver à une entente ne reposait pas sur l'absence d'accord sur le fondement du calcul des aliments pour enfants. Au contraire, il prétend que [TRADUCTION] « la chose qui était claire » à la suite de l'ordonnance provisoire par consentement était que la pension alimentaire pour enfants que la mère devait verser devait être calculée en fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des enfants, comme il l'avait demandé lors de l'audience du 17 décembre 2013.

[82] Le père affirme que ce point d'accord ressort de tous les échanges entre les parties et le tribunal après décembre 2013. Il fait référence à l'ordonnance provisoire par consentement, qui établit que la pension alimentaire pour enfants future est fonction du fait que le père est le principal pourvoyeur de soins des deux enfants. Bien qu'il s'agisse d'une ordonnance provisoire, le père soutient que les questions non résolues avaient trait au revenu de la mère, notamment la prétention de cette dernière selon laquelle elle ne bénéficiait pas d'une assurance invalidité lorsqu'elle a été en arrêt de travail entre août 2012 et juillet 2013. Les parties ont comparu de nouveau devant le tribunal le 16 juin 2015. Les aliments pour enfants ont été modifiés et, une fois de plus, l'obligation de la mère était fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants. En septembre 2015, les parties ont signé une ordonnance par consentement qui prévoyait un nouvel arrangement de garde, soit la garde physique partagée des enfants. Le père prétend que rien n'a jamais porté à croire que la mère interprétait l'ordonnance provisoire par consentement comme elle le fait maintenant ou qu'elle adopterait la position selon laquelle l'ordonnance modificative par consentement ne pouvait pas être changée.

[83] Enfin, s'agissant de l'allégation du père selon laquelle l'ordonnance provisoire par consentement avait non seulement pour objet le rapprochement, aux fins de règlement, mais aussi le règlement de la motion, le père invoque le mémoire préparatoire de la mère déposé le 11 septembre 2015. Il affirme que le mémoire démontre que la mère reconnaissait manifestement que l'entente s'étendait au-delà du règlement possible jusqu'à la décision finale à rendre sur la motion.

[84] L'instruction de la motion devait initialement débuter le 14 septembre 2015, et la mère a déposé un mémoire daté du 11 septembre 2015. Selon son mémoire, la [TRADUCTION] « première question en litige » était la [TRADUCTION] « modification des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux avec effet rétroactif au 1er janvier 2010 ». Cela est conforme à la clause 5 de l'ordonnance provisoire par consentement qui, comme il est indiqué ci-dessus, requérait de procéder à un rapprochement remontant jusqu'en janvier 2010. En outre, cela s'oppose à la motion

de la mère visant la modification des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux avec effet rétroactif à janvier 2011. La mère exprime sa position à l'égard des aliments pour enfants de la façon suivante :

> [TRADUCTION]
> Dans l'ordonnance par consentement rendue en Nouvelle-Écosse [l'ordonnance modificative par consentement], les parties ont convenu de la formule de la garde scindée pour calculer les aliments pour enfants même si l'intimé était le principal pourvoyeur de soins des enfants. Le recours à la formule de la garde scindée a pour conséquence de réduire le montant des aliments pour enfants payables à l'intimé. **Bien que l'on constate l'intention de cette démarche, celle-ci ne reflète pas les faits relatifs à la garde et la requérante reconnaît que le tribunal a l'obligation en application de la *Loi sur le divorce* de s'assurer que le montant approprié est versé au titre des aliments pour enfants**. [par. 42]
> [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[85] On pourrait considérer que cette déclaration découle simplement du fait que la mère estimait que la méthode de la garde scindée pour calculer les aliments pour enfants, puisqu'elle est incompatible avec les faits, ne serait pas jugée acceptable par le tribunal. Le père affirme toutefois que la volonté de la mère de renoncer au recours à la formule de la garde scindée, autrement que pour un simple rapprochement consensuel, ressort clairement de la partie de son mémoire qui traite des aliments matrimoniaux. Dans cette partie du mémoire, la mère explique que bien qu'elle affirme que la formule de la garde scindée devrait être utilisée pour calculer les aliments matrimoniaux à l'aide du logiciel Divorcemate, elle précise nettement que tel n'est pas le cas à l'égard des aliments pour enfants – puisque [TRADUCTION] « nous avons modifié le mode de calcul des aliments pour enfants ». Le mémoire prévoit ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> L'ordonnance qui a cours quant aux aliments matrimoniaux est l'ordonnance modificative par consentement que les parties ont signée en 2010. Cette ordonnance imposait le paiement d'aliments matrimoniaux du milieu de l'échelle, une fois les aliments pour enfants calculés en application de la formule de la garde scindée. **Pour ce qui est des**

> **aliments pour enfants, nous avons modifié le mode de calcul de ces aliments**, mais cela ne signifie pas que le mode de calcul des aliments matrimoniaux a également été modifié. [par. 53]
>
> [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[86] Il n'est guère surprenant, compte tenu de la position du père, que le mémoire préparatoire que ce dernier a déposé le 11 septembre 2015 précise ce qui suit [TRADUCTION] « À la lumière des circonstances liées à la garde des enfants, il a été convenu que la formule de la garde scindée n'était pas indiquée et que la formule du principal pourvoyeur de soins (l'ex-conjoint) aurait cours ». Le père précise que la question en litige qui doit être résolue, ce qui est aussi conforme à l'ordonnance provisoire par consentement, est celle du [TRADUCTION] « montant des arriérés au titre des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux pour la période du 1er janvier 2010 au 3 septembre 2015 », date à laquelle la garde a été modifiée par consentement.

[87] L'instruction de la motion a été reportée au 25 mai 2016. Le père n'a pas déposé un nouveau mémoire préparatoire, mais la mère en a déposé un le 19 mai. Bien qu'elle ait réitéré que la première question en litige était la [TRADUCTION] « modification des aliments pour enfants et des aliments matrimoniaux avec effet rétroactif au 1er janvier 2010 », elle affirmait, pour la première fois, que les aliments pour enfants devaient être fonction de la formule de la garde scindée, comme il était indiqué dans l'ordonnance modificative par consentement. Voici le texte intégral du mémoire à ce sujet :

> [TRADUCTION]
> Dans l'ordonnance par consentement rendue en Nouvelle-Écosse, les parties ont convenu du recours à une formule de garde scindée pour le calcul des aliments pour enfants, ce que permet l'article 15.7 de la *Loi sur le divorce*.
>
> La requérante déclare que la démarche prévue dans l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010 ne peut pas être changée, et que la formule

> de garde scindée (garde exclusive) prévue à l'article 8 s'applique jusqu'à la signature de l'ordonnance par consentement de septembre 2015.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[88] Comme il a été indiqué, au début de l'audience, le 25 mai 2016, le père s'est vivement opposé à la nouvelle position de la mère et cette dernière a candidement reconnu que l'ordonnance provisoire par consentement traduisait l'entente d'appliquer le modèle du principal pourvoyeur de soins pour le calcul des aliments pour enfants, mais elle a expliqué que cela visait le rapprochement et ne modifiait pas l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010.

[89] L'instruction de la motion a duré 11 jours. Lorsqu'il a rejeté la position du père et admis l'explication de la mère, le juge saisi de la motion a formulé les observations suivantes :

> [TRADUCTION]
> J'estime qu'il ne s'agit pas de l'interprétation juste de la clause 5 pour les motifs suivants. D'abord, la clause précise essentiellement qu'elle a pour objet d'imposer un audit ou un rapprochement des paiements versés et non versés au titre des diverses pensions alimentaires en remontant jusqu'au jugement sur les mesures accessoires initial, en fonction du revenu des parties **et conformément à la série d'ordonnances rendues**. Si les parties ne pouvaient pas s'entendre, le juge présidant la conférence de règlement amiable ou le juge saisi de la motion de la mère trancherait la question. **La clause ne précise pas que l'ordonnance issue de la conférence de règlement amiable a été annulée ou que l'ordonnance initiale a été rétablie**. **Un « rapprochement » financier ne constitue pas une modification de la formule qui doit être utilisée pour calculer les aliments**.
>
> Me Cameron, c.r., s'est vivement opposée à l'interprétation proposée de la clause, signalant qu'elle n'aurait jamais renoncé, au moyen d'une ordonnance par consentement, à ce qui aurait pu être des centaines de milliers de dollars pouvant découler d'un tel « rapprochement ». Elle a ajouté que la seule raison pour laquelle les ordonnances initiales n'ont pas été contestées en appel était que le droit d'en

> appeler avait été échangé contre une autre contrepartie lors de la conférence de règlement amiable tenue en Nouvelle-Écosse, en 2010, avant le déménagement à Moncton. (Dans un mémoire déposé pendant l'audience, elle calcule que la différence de crédit porté au compte de la mère relativement au paiement excédentaire de pension alimentaire pour enfants passerait de 274 460 $ à 101 461 $.) [par. 181 et 182]
>
> [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[90] Après en être arrivé à cette conclusion, le juge saisi de la motion a ordonné qu'un nouveau calcul des aliments pour enfants soit effectué en fonction de l'ordonnance modificative par consentement de septembre 2010. Il a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> D'abord, le nouveau calcul ou le nouvel examen de la pension alimentaire pour enfants effectué en fonction des conclusions énoncées dans ce jugement comprend **la pension alimentaire pour enfants calculée au moyen de la formule de la garde scindée dont il est question dans les ordonnances issues de la conférence de règlement amiable de septembre 2010. Cette formule doit être appliquée à compter du 1er janvier 2011 jusqu'à la refonte du régime de garde et d'accès en septembre 2015 (devenu un régime de garde partagée).** Ce calcul tient compte du revenu annuel réel des parties, moins les frais professionnels annuels de 30 000 $ de la mère et les cotisations syndicales du père […]. [par. 202]
>
> [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[91] Le père soutient que l'interprétation du juge saisi de la motion ne prête aucun sens à la phrase [TRADUCTION] « conformément au jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010 ». Il affirme que le juge a limité à tort son analyse au libellé de l'ordonnance et qu'il n'a pas tenu compte des circonstances dans lesquelles elle a été rendue. Il prétend aussi que le juge saisi de la motion n'a pas donné suite à l'admission par la mère, au début de l'instruction de la motion, que les parties avaient convenu de « reprendre » le mode de calcul des aliments pour enfants prévu dans le jugement sur les mesures accessoires. Le père soutient que l'abandon définitif de la formule de la garde scindée pour calculer la pension alimentaire pour enfants constitue l'entente des parties et

l'objet véritable de la clause. Il affirme que le fait d'abandonner la formule de la garde scindée pour calculer les aliments pour enfants dans le seul but d'établir un rapprochement en vue d'une conférence de règlement amiable, et non pour résoudre la question des aliments pour enfants dans le cadre de la motion, n'aurait servi à rien. Il soulève le même argument à l'égard de l'établissement des aliments pour enfants provisoires à verser pour l'avenir.

[92] Même si le père prétend que le juge saisi de la motion n'a pas donné suite à l'admission par la mère que les parties avaient convenu de « reprendre » le mode de calcul des aliments prévu dans le jugement sur les mesures accessoires, j'estime que le juge l'a fait. Le juge n'a pas rejeté l'assertion selon laquelle la clause 5 prévoit le calcul des aliments pour enfants en fonction du principal pourvoyeur de soins des enfants, comme la mère a admis avoir été convenu par les parties. Il a conclu que la disposition visait [TRADUCTION] « essentiellement » à « imposer » un rapprochement, et il a rejeté l'assertion selon laquelle elle visait à modifier l'ordonnance antérieure puisque la clause ne prévoyait pas expressément que l'ordonnance modificative par consentement [TRADUCTION] « a été annulée ou que l'ordonnance initiale [le jugement sur les mesures accessoires] a été rétablie ». Le juge saisi de la motion a fait expressément état de l'assertion de la mère selon laquelle elle n'aurait jamais consenti à ce qu'un changement d'une telle envergure soit effectué au moyen d'une ordonnance par consentement. Je traiterai de cette question séparément ci-dessous.

[93] Les faits pertinents en l'espèce commencent avec l'avis de motion de la mère, dans lequel elle demandait que les aliments matrimoniaux soient modifiés à compter de janvier 2011, le début de l'année où elle a commencé à travailler à temps plein comme radiologiste. S'agissant des aliments pour enfants, la mère demandait la modification de l'ordonnance modificative par consentement également à compter de janvier 2011, la première année où elle a gagné plus de 150 000 $. Elle a demandé que la pension alimentaire pour enfants soit calculée conformément aux articles 4 (revenu supérieur à 150 000 $) et 10 (difficultés excessives) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*. En réponse à la motion de la mère, le père a

réclamé des aliments pour deux enfants, et a demandé qu'ils ne soient plus calculés au moyen de la formule de la garde scindée prévue dans l'ordonnance modificative par consentement. De même, le père n'ayant pas réussi l'année précédente à obtenir du tribunal de la Nouvelle-Écosse un rapprochement ou l'établissement du montant des aliments payables par la mère, il a continué de demander ce rapprochement.

[94] L'ordonnance provisoire par consentement a été rendue lors de la première comparution des parties pour l'audition de la motion de la mère. Il n'est pas surprenant de constater que l'ordonnance traite des questions en litige que les parties, avec l'aide d'avocates chevronnées, ont dit pouvoir être résolues et qu'elle ouvre la voie au règlement de celles qui ne pouvaient pas l'être. Même si la motion de la mère n'abordait pas la question de la garde, l'ordonnance prévoyait une évaluation de la capacité de parentage et a modifié l'accès de la mère aux enfants. Pour ce qui est des aliments pour enfants, l'ordonnance prévoyait des aliments à verser pour les deux enfants pour l'avenir, à compter de janvier 2013, calculés selon la méthode du principal pourvoyeur de soins et, même si cette ordonnance prévoyait expressément être provisoire, rien n'indique que la mère ait cherché à conserver l'aptitude de demander que l'ordonnance modificative par consentement (garde scindée) continue de s'appliquer par la suite, ou de préserver tout autre volet du compromis qui a mené en 2010 à l'adoption de la formule de la garde scindée pour le calcul des aliments pour enfants. S'agissant des arriérés, la clause 5 a établi un processus visant à quantifier le montant payable (ou le trop-payé) jusqu'à la date du rapprochement, à condition que la question, si elle ne pouvait être résolue, puisse être tranchée par le juge saisi de la motion.

[95] Le rapprochement visait sans conteste à rationaliser l'écart entre les paiements effectivement versés par la mère et les paiements d'aliments qu'elle était tenue de faire, afin de quantifier le montant payable en souffrance (ou le trop-payé). La variable quant à ce que la mère aurait dû payer était son revenu, qui a fluctué considérablement entre 2010 et 2013. Elle a été résidente, radiologiste à temps partiel puis à temps plein, elle a ensuite été en arrêt de travail d'août 2012 à juillet/août 2013 et, lorsqu'elle a réintégré son poste, elle l'a d'abord fait à temps partiel. L'autre variable était ce que la

mère a effectivement payé puisqu'elle remettait un chèque au père sans ventilation quant à ce qui constituait des aliments pour enfants, des aliments matrimoniaux, etc. Tout cela est conforme à la position du père selon laquelle il n'y avait absolument aucun doute quant au fondement du calcul des aliments pour enfants payables par la mère : il avait été convenu et ordonné qu'elle verserait des aliments pour les deux enfants (et non selon la formule de la garde scindée). Le rapprochement a été entrepris afin de trancher la motion, en l'absence d'un règlement. L'ordonnance prévoyait que, si les parties ne s'entendaient pas quant au solde impayé (ou au trop-payé) à la conférence de règlement amiable, le juge saisi de la motion trancherait la question. Aucune justification n'a été avancée pour qu'il ait été ordonné de présenter des observations en vue d'un rapprochement du montant impayé (ou trop-payé) selon une méthode, et envisagé, en cas d'échec, que la question serait ou pourrait être tranchée selon une autre méthode.

[96] J'admets que les circonstances permettent difficilement d'interpréter l'ordonnance comme ne visant qu'un rapprochement en vue d'un éventuel règlement, à l'exclusion du rapprochement envisagé devant le juge saisi de la motion. En outre, la conduite ultérieure des parties – y compris la position avancée par la mère dans son mémoire de septembre 2015 – ne dénote pas que l'une ou l'autre d'entre elles estimait qu'une telle restriction s'appliquait.

[97] Le juge saisi de la motion a constaté que la mère avait affirmé, au début de l'audience, qu'elle n'aurait jamais accepté de procéder à un changement de cette envergure par voie d'ordonnance par consentement. Cette assertion est difficile à accepter lorsqu'elle est examinée au moment où la mère a accepté le changement. L'argument n'est pas convaincant, non plus, pour l'interprétation de l'ordonnance. En décembre 2013, la mère visait à faire cesser les versements d'aliments matrimoniaux ou, subsidiairement, à les faire modifier. Elle tentait de faire modifier les aliments pour enfants et, manifestement, le père avait demandé peu avant l'abandon de la formule de la garde scindée pour le calcul des aliments pour enfants et préconisait plutôt, en conformité avec la situation réelle, le versement d'aliments à l'égard de deux enfants. La mère était retournée travailler quelques mois plus tôt, ayant été en arrêt de travail depuis août 2012.

Rien ne donne à penser que la mère ne saisissait pas les incidences économiques de l'abandon de la formule de la garde scindée pour le calcul des aliments pour enfants et elle reconnaît que la méthode du principal pourvoyeur de soins devait être utilisée pour ce qui est du rapprochement. Si elle voulait que son consentement ou que l'ordonnance ait un but restreint, ou si elle voulait par ailleurs pouvoir continuer d'exiger le maintien de la formule de la garde scindée pour trancher correctement sa motion en modification des aliments pour enfants, cela ne ressort aucunement des circonstances ni du dossier. En effet, si tel avait été le cas, il est difficile de comprendre pourquoi elle a accepté de mettre fin au recours à la formule de la garde scindée, que ce soit à des fins de rapprochement ou pour l'avenir, même à titre provisoire. Aucune explication n'a certes été fournie. D'ailleurs, il appert du dossier qu'en décembre 2013 on ne s'attendait pas à ce que la motion en modification (de l'ordonnance modificative par consentement, à compter de janvier 2011), présentée par la mère, puisse être accueillie sans l'abandon de la formule de la garde scindée pour le calcul des aliments pour enfants puisqu'elle ne correspondait pas à la situation réelle. Les deux parents n'acceptaient manifestement plus une ordonnance d'entretien d'enfant qui différait de ce qui aurait été rendu par ailleurs en application de *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, tel qu'il est prévu au paragraphe 15(7). La mère a exprimé ses inquiétudes quant à l'acceptabilité de la formule de la garde scindée dans les circonstances aussi tard que dans son mémoire de septembre 2015. Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que l'intention subjective, la compréhension ou les attentes d'une partie ne régissent pas l'interprétation d'une ordonnance judiciaire.

[98] Bien que les tribunaux soient assurément réticents à imposer à un plaideur une clause ambigüe, la question prend une tournure différente lorsqu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire. À mon avis, la clause 5 ne peut pas raisonnablement être interprétée comme l'a fait le juge saisi de la motion. À la lumière des principes résumés dans l'arrêt *Campbell* c. *Campbell*, elle ne peut pas être interprétée comme s'appliquant uniquement à un rapprochement en vue d'un règlement mais pas à une décision. Les circonstances ne permettent pas de conclure que l'ordonnance ne modifie pas l'ordonnance modificative par consentement parce que [TRADUCTION] « la clause ne

précise pas que l'ordonnance issue de la conférence de règlement amiable [l'ordonnance modificative par consentement] a été annulée ou que l'ordonnance initiale [le jugement sur les mesures accessoires] a été rétablie ». Il semble manifeste que l'ordonnance a pour objet de faire précisément cela et d'établir [TRADUCTION] « les aliments qui auraient dû être versés conformément au jugement sur les mesures accessoires du 20 avril 2010 » à toutes fins, y compris pour trancher la motion.

[99] Cela dit, même si l'ordonnance provisoire par consentement n'a pas modifié l'ordonnance modificative par consentement, il n'a pas été décidé, en réponse à la motion de la mère, quelle méthode de calcul de la pension alimentaire pour enfants devait être appliquée. Manifestement, la mère a abandonné sa demande de modification de l'ordonnance modificative par consentement sur le fondement des articles 4 ou 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* pour alléguer que la démarche prévue dans l'ordonnance modificative par consentement [TRADUCTION] « ne peut pas être changée ». Cependant, voilà précisément ce que le père voulait lorsqu'il a donné suite à la motion de la mère en 2013 – que l'ordonnance soit changée et qu'il soit mis fin au recours à la formule de la garde scindée pour calculer les aliments. Cette question n'a pas été abordée et, bien qu'elle puisse être renvoyée au tribunal pour être tranchée, je conclus que nous pouvons rendre la décision qui s'impose en l'espèce. C'est sur ce fondement que je trancherais ce moyen d'appel.

[100] À mon avis, les aliments pour enfants devraient être modifiés à compter du 1er janvier 2011. L'ordonnance d'entretien matrimonial a été modifiée avec prise d'effet à cette date et il s'agit de la date précisée dans la motion de la mère pour la modification de l'ordonnance d'entretien d'enfant. En outre, l'entente négociée à la conférence de règlement amiable en juillet 2010 et reflétée dans l'ordonnance modificative par consentement a été annulée, en partie du moins, avec prise d'effet le 1er janvier 2011. La situation des parties avait changé et il est évident que le consentement donné par le père au calcul de la pension alimentaire pour enfants selon la formule de la garde scindée n'allait pas au-delà de cette entente. S'il y avait une raison d'exiger que le père respecte l'entente de 2010 dans ces circonstances, elle ne ressort pas

du dossier. Je conclus que les aliments pour enfants devraient tenir compte du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants. Par conséquent, j'ordonnerais à la mère de payer une pension alimentaire pour enfants calculée en fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants à partir du 1er janvier 2011 jusqu'en septembre 2015 inclusivement. À tous autres égards, je ne modifierais pas les autres conclusions tirées par le juge saisi de la motion.

VI. Dispositif

[101] L'appel du père est accueilli en partie. S'agissant des aliments pour enfants, la mère versera des aliments calculés en fonction du fait que le père était le principal pourvoyeur de soins des deux enfants à partir du 1er janvier 2011 jusqu'en septembre 2015. Chacune des parties ayant eu partiellement gain de cause, aucuns dépens ne seront adjugés.