

**Joanne Leonelli-Contino** *Appellant*

v.

**Joseph Contino** *Respondent*

**INDEXED AS: CONTINO v. LEONELLI-CONTINO**

**Neutral citation: 2005 SCC 63.**

File No.: 30100.

2005: January 14; 2005: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Family law — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Shared custody — Proper approach to application of s. 9 of Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.*

The appellant mother and the respondent father entered into a separation agreement in 1992. The separation agreement provided for joint custody of their son, whose daily residence was to be with his mother, and for the payment by the father of \$500 per month in child support. In 1998, this amount was raised to \$563. Three years later, the father applied for a reduction in the amount of child support pursuant to s. 9 of the *Federal Child Support Guidelines* because the child was now in his physical custody 50 percent of the time. Both parties filed their 1998, 1999 and 2000 tax returns as well as their respective financial statements. At the time, the mother's income was about \$68,000 and the father's around \$87,000. Both parties attributed 50 percent of their fixed and variable expenses to the child. The mother and father respectively assigned \$1,916.95 and \$1,814 of their total expenses to the child. The motions judge granted the motion and reduced the amount of child support to \$100 per month. The Divisional Court set aside the decision and ordered the father to pay the full Table amount of \$688 per month. The Court of Appeal reduced the monthly amount payable by the father to \$399.61. It used the simple set-off amount as a starting point for determining the support amount (s. 9(a)) and adjusted the set-off amount by applying a multiplier of 67.6 percent to account for the mother's fixed

**Joanne Leonelli-Contino** *Appelante*

c.

**Joseph Contino** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : CONTINO c. LEONELLI-CONTINO**

**Référence neutre : 2005 CSC 63.**

N° du greffe : 30100.

2005 : 14 janvier; 2005 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit de la famille — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Garde partagée — Application appropriée de l'art. 9 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.*

En 1992, la mère appelante et le père intimé ont conclu un accord de séparation prévoyant qu'ils auraient la garde conjointe de leur fils, que ce dernier résiderait principalement chez sa mère et que le père verserait une pension alimentaire de 500 \$ par mois pour l'enfant. En 1998, ce montant est passé à 563 \$. Trois ans plus tard, le père a demandé la diminution du montant de la pension alimentaire sur le fondement de l'art. 9 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, alléguant qu'il avait désormais la garde de son fils la moitié du temps. Les deux parties ont déposé leurs déclarations de revenus pour 1998, 1999 et 2000, ainsi que leurs états financiers respectifs. Le revenu approximatif de la mère s'élevait alors à 68 000 \$, et celui du père à 87 000 \$. Les deux parties ont imputé à l'enfant 50 p. 100 de leurs dépenses fixes et variables. La mère et le père ont déclaré respectivement des dépenses totales de 1 916,95 \$ et de 1 814 \$ pour l'enfant. La juge des requêtes a accueilli la demande et ordonné que le montant de la pension alimentaire soit abaissé à 100 \$ par mois. La Cour divisionnaire a annulé la décision et ordonné au père de verser le plein montant prévu dans la table, soit 688 \$ par mois. La Cour d'appel a réduit le montant exigible du père, le fixant à 399,61 \$ par mois. Elle a utilisé le montant issu de la simple compensation comme point de départ (al. 9a)), l'a rajusté à l'aide

costs (s. 9(b)) and by taking the actual situation of the parents and the child into account (s. 9(c)).

*Held* (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: Section 9 of the Guidelines expressly provides for a particular regime in cases of shared custody, and this implies a departure from the payor/recipient model that comes under s. 3. Section 9 requires a court to determine the amount of child support in accordance with the three listed factors once the 40 percent threshold is met. The specific language of s. 9 warrants emphasis on flexibility and fairness to ensure that the economic reality and particular circumstances of each family are properly accounted for. The three factors structure the exercise of the discretion and none of them should prevail. The weight given to each factor will vary according to the particular facts of each case. Under s. 9, there is no presumption in favour of awarding at least the Guidelines amount under s. 3. Nor is there a presumption in favour of reducing the parent's child support obligation downward from the Guidelines amount, as it is possible that, after a careful review of all of the factors in s. 9, a court will come to the conclusion that the Guidelines amount is the proper amount of child support. [19-31] [39]

Under s. 9(a), a court is required to take the financial situations of both parents into account, but the provision does not include a conclusive formula to determine how the Table amounts are to be considered or accounted for. The simple set-off amount is the preferable starting point for the s. 9 analysis, but it must be followed by an examination of the continuing ability of the recipient parent to meet the needs of the child, especially in light of the fact that many costs are fixed. Where both parents are making effective contributions, it is necessary to verify how each parent's actual contribution compares to the Table amount that is provided for each of them when considered payor parents. This will provide the judge with better insight when deciding whether the adjustments to be made to the set-off amount are based on the actual sharing of child-related expenses. The court retains the discretion to modify the set-off amount where, considering the financial realities of the parents, it would lead to a significant variation in the standard of living experienced by the children as they move from one household to the other. [40-51]

Section 9(b) does not refer merely to the expenses assumed by the payor parent as a result of the increase in access time from less than 40 percent to more than

d'un multiplicateur de 67,6 p. 100 pour tenir compte des dépenses fixes de la mère (al. 9b)) et a pris en considération la situation réelle des parents et de l'enfant (al. 9c)).

*Arrêt* (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron : L'article 9 des lignes directrices prévoit expressément l'application d'un régime particulier en cas de garde partagée, ce qui suppose une dérogation au modèle débiteur/créancier établi à l'art. 3. Il exige du tribunal qu'il détermine le montant de la pension alimentaire pour enfants en fonction des trois facteurs énumérés dès que le seuil de 40 p. 100 est atteint. Son libellé justifie l'accent mis sur la souplesse et l'équité afin que la réalité financière et la situation particulière de chacune des familles soient dûment prises en compte. Les trois facteurs encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et aucun ne doit primer. L'importance accordée à chacun variera selon les faits de l'espèce. Il n'existe ni présomption en faveur d'une ordonnance alimentaire dont le montant est au moins égal à celui issu de l'application de l'art. 3 des lignes directrices, ni présomption en faveur d'une réduction de l'obligation alimentaire d'un parent déterminée conformément aux lignes directrices, et il est possible que, après avoir examiné attentivement tous les facteurs de l'art. 9, le tribunal arrive à la conclusion que le montant prévu par les lignes directrices demeure indiqué. [19-31] [39]

Suivant l'alinéa 9a), le tribunal doit tenir compte de la situation financière des deux parents, mais la manière de prendre en compte les montants figurant dans les tables n'est pas précisée. La méthode de la compensation simple offre un meilleur point de départ pour l'analyse que commande l'art. 9, mais il faut ensuite se demander si le parent créancier est toujours en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant, d'autant plus que de nombreux coûts sont fixes. Lorsque les deux parents contribuent, il faut confronter leur contribution respective avec ce que prévoit la table pour chacun d'eux à titre de parent débiteur. Le juge peut alors mieux décider si le rajustement qui doit être apporté au montant issu de la compensation se fonde sur le partage réel des dépenses liées à l'enfant. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de modifier le montant issu de la compensation lorsque, en raison de la situation financière réelle des parents, il en résulterait un changement important du niveau de vie de l'enfant chaque fois qu'il passerait d'un ménage à l'autre. [40-51]

L'alinéa 9b) ne vise pas seulement les dépenses que le parent débiteur doit assumer du fait que son droit d'accès passe de moins de 40 p. 100 à plus de 40 p. 100.

40 percent. This paragraph recognizes that the total cost of raising children may be greater in shared custody situations than in sole custody situations. Given that some applications under s. 9 are not meant to obtain a variation order but constitute a first order and that the Table amounts in the Guidelines do not assume that the payor parent pays for any expense for the child, the court will consider all of the payor parent's costs. The court will examine the budgets and actual expenditures of both parents in addressing the needs of the children and determine whether shared custody has resulted in increased costs globally. These expenses will be apportioned between the parents in accordance with their respective incomes. [52-53]

Lastly, s. 9(c) vests the court with a broad discretion to analyse the resources and needs of both the parents and the children. It is important to keep in mind the objectives of the Guidelines, requiring a fair standard of support for the child and fair contributions from both parents. The court will look at the standard of living of the child in each household and the ability of each parent to absorb the costs required to maintain the appropriate standard of living in the circumstances. Financial statements and/or child expense budgets are necessary for a proper evaluation of s. 9(c). There is no need to resort to s. 10 and s. 7 of the Guidelines either to increase or to reduce support, since the court has full discretion under s. 9(c) to consider "other circumstances" and order the payment of any amount above or below the Table amounts. It may be that s. 10 would find application in an extraordinary situation, but that is certainly not the case here. [68-72]

It is important that the parties lead evidence relating to ss. 9(b) and 9(c), and courts should demand information from the parties when the evidence is deficient. A court should neither make "common sense" assumptions about costs incurred by the payor parent, nor apply a multiplier to account for the fixed costs of the recipient parent. [56-57]

Taking into consideration all the factors prescribed in s. 9 and applying them to the particular factual context of this case, the mother should be awarded the sum of \$500 per month in child support. [73-80]

*Per* Fish J. (dissenting): Support orders under s. 9 of the Guidelines are discretionary by design, but constrained by principle and subject to the overriding requirement of fitness. In determining an appropriate

Il reconnaît que le coût total de l'éducation d'un enfant peut être plus élevé dans le cadre d'une garde partagée que dans celui d'une garde exclusive. Étant donné que certaines demandes fondées sur l'art. 9 ne visent pas la modification d'une ordonnance alimentaire, mais l'obtention d'une ordonnance initiale, et que les montants figurant dans les tables pour l'application des lignes directrices ne supposent pas que le parent débiteur prend à sa charge quelque dépense de l'enfant, le tribunal considérera tous les frais du parent débiteur. Il examinera les budgets et les dépenses réelles des deux parents pour l'enfant et décidera si la garde partagée a eu pour effet d'accroître globalement les coûts. Ceux-ci seront répartis entre les parents en fonction de leurs revenus respectifs. [52-53]

Enfin, l'alinéa 9c) confère au tribunal le vaste pouvoir discrétionnaire d'analyser les ressources et les besoins à la fois des parents et des enfants. Il importe de garder présents à l'esprit les objectifs des lignes directrices — normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants et juste contribution de chacun des parents. Le tribunal se penchera sur le niveau de vie de l'enfant dans chacun des ménages et sur la capacité de chacun des parents de supporter le coût du maintien du niveau de vie voulu dans les circonstances. Les états financiers ou les budgets des dépenses pour l'enfant, ou les deux, sont nécessaires pour effectuer correctement l'évaluation que commande l'al. 9c). Point n'est besoin de recourir aux art. 10 et 7 des lignes directrices pour augmenter ou réduire le montant de la pension alimentaire, puisque l'al. 9c) investit le tribunal du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la « situation [générale] » et d'ordonner le versement d'un montant supérieur ou inférieur à celui que prévoit la table. L'article 10 pourrait s'appliquer dans un cas exceptionnel, mais certainement pas en l'espèce. [68-72]

Il importe que les parties présentent une preuve relativement aux al. 9b) et c), et le tribunal doit exiger qu'elles fournissent des éléments de preuve suffisants. Le tribunal ne doit ni formuler d'hypothèses « logiques » concernant les frais engagés par le parent débiteur ni utiliser un multiplicateur pour tenir compte des frais fixes du parent créancier. [56-57]

Au vu de tous les facteurs prévus à l'art. 9 et de leur application aux faits de la présente affaire, il convient d'accorder à la mère une pension alimentaire de 500 \$ par mois pour l'enfant. [73-80]

*Le* juge Fish (dissident) : L'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9 des lignes directrices est discrétionnaire à dessein tout en étant assujettie non seulement à des considérations de principe, mais aussi à l'exigence

award, all the governing factors set out in s. 9 must be considered. “Appropriate” does not mean mathematically or methodologically ascertainable with precision. It means within an acceptable range that is in each case determined by applying in a principled manner the s. 9 factors to the proven facts and particular circumstances of the matter. An appropriate support order in this case should ensure insofar as possible that the child of the parties enjoys a standard of living that is reasonably comparable to his standard of living before the divorce and does not vary markedly in material respects moving from one household to the other. The method for achieving this outcome should be evidence-based. [92] [103] [105]

Section 9(a) of the Guidelines requires the court to take the Table amounts into account in fixing child support for shared custody arrangements. The simple set-off of the Table amounts for sole custody may be a convenient starting point in a global consideration of all the factors that must be weighed under s. 9. The purpose of s. 9(b) is to ensure that the increased costs of shared custody are properly reflected in the support order. This relates essentially to the duplication of fixed costs and to other expenses that result from the exigencies of shared custody. The extent of the duplication of fixed costs will generally be apparent from the budgets submitted by the parties. However, where there is no evidentiary basis for taking into account the increased costs of shared custody arrangements, a court should not resort to multipliers, but instead can reopen the hearing for that purpose. Section 9(c) is the appropriate place for an apportionment of certain expenditures according to the respective incomes of the parents, including the duplicated expenses identified pursuant to s. 9(b). Finally, having applied all the s. 9 factors and in spite of the broad language of s. 9(c), a trial judge may still not have arrived at a just award. In such cases, s. 10(1) of the Guidelines allows a court to “award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9”. [114-18] [125] [130-31]

In this case, the set-off amount is \$128 per month, and only two types of expenditures should be equalized between the parents: the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which s. 9(b) requires a court to consider, and the variable child care costs that might otherwise be shared by the

prédominante de l'adéquation. Pour déterminer le montant approprié de la pension alimentaire, le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs pertinents énoncés à l'art. 9. Le montant « approprié » n'est pas déterminé avec précision de manière mathématique ou à l'aide d'une méthode. Il se situe plutôt à l'intérieur de limites acceptables qui, dans chacun des cas, sont déterminées par l'application raisonnée des facteurs de l'art. 9 aux faits établis par la preuve et aux circonstances particulières de l'affaire. L'ordonnance alimentaire appropriée en l'espèce devrait, dans la mesure du possible, faire en sorte que l'enfant des parties jouisse d'un niveau de vie qui soit raisonnablement comparable à celui d'avant le divorce et qui, à tous égards importants, ne diffère pas nettement d'un ménage à l'autre. La démarche permettant d'atteindre ce résultat doit être fondée sur la preuve. [92] [103] [105]

L'alinéa 9a) des lignes directrices exige que le tribunal tienne compte des montants figurant dans les tables pour fixer le montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. La compensation simple des montants figurant dans les tables pour la garde exclusive peut constituer un point de départ pratique pour l'examen global de tous les facteurs qui doivent être soupesés suivant l'art. 9. L'alinéa 9b) a pour objet de faire en sorte que l'ordonnance alimentaire tienne dûment compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée. Ces coûts s'entendent essentiellement du doublement des coûts fixes et des autres dépenses qu'impose la garde partagée. Généralement, l'importance du doublement des coûts fixes se dégagera des budgets présentés par les parties. Toutefois, lorsque aucune preuve ne permet d'établir les coûts plus élevés associés à la garde partagée, le tribunal ne devrait pas recourir à un multiplicateur, mais reprendre l'audience et compléter la preuve. C'est à l'étape correspondant à l'al. 9c) qu'il convient de répartir certaines dépenses selon les revenus respectifs des parents, y compris le doublement des dépenses identifiées en application de l'al. 9b). Enfin, après avoir tenu compte de tous les facteurs de l'art. 9 et malgré le libellé général de l'al. 9c), un juge de première instance aurait quand même pu ne pas rendre une ordonnance alimentaire juste. En pareil cas, le par. 10(1) des lignes directrices autorise le tribunal à « fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9 ». [114-118] [125] [130-131]

En l'espèce, le montant issu de la compensation s'élève à 128 \$ par mois et seules deux catégories de dépenses devraient être réparties également entre les parents : les doublements et autres coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée, dont l'al. 9b) commande l'examen, et les dépenses variables occasionnées

parents. Furthermore, there are two non-numerical factors under s. 9(c) that must be taken into account: the disparity between the net assets of the parents and, since this case involves a modification and not an initial support order, the arrangement in effect prior to shared custody. The monthly child support previously paid by the father is an important consideration in the circumstances of this case because the mother incurred fixed costs that were in part a function of the support she was receiving at the time. However, the support previously paid creates no entitlement to continued support at the same level where the parties have moved to shared custody. The Court of Appeal awarded a support order of \$399.61. This award lies within the acceptable range. The Court of Appeal set out the basic principles correctly. Its unfortunate observation as to the permissible use in some circumstances of a “stock multiplier” had no bearing on its conclusion, and the limited effect of its resort to a multiplicative factor is adequately compensated by the other factors. [129] [132] [137] [145] [150] [154]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Distinguished:** *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; **referred to:** *Green v. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242; *Jamieson v. Jamieson*, [2003] N.B.J. No. 67 (QL), 2003 NBQB 74; *Berry v. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659; *Fletcher v. Keilty* (2004), 269 N.B.R. (2d) 302, 2004 NBCA 34; *Slade v. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean v. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill v. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot v. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis v. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie v. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782; *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke v. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni v. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; *Middleton v. MacPherson* (1997), 204 A.R. 37; *Moran v. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352; *Harrison v. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

By Fish J. (dissenting)

*Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

### Statutes and Regulations Cited

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(8) [now repealed], 17(8) [now repealed], 26.1(2) [ad. 1997, c. 1, s. 11].

par l'enfant et que peuvent par ailleurs se partager les parents. En outre, pour les besoins de l'al. 9c), deux facteurs non numériques doivent être soupesés : la disparité des avoirs nets des parents et, puisqu'il s'agit en l'espèce d'une demande de modification, et non d'une demande d'ordonnance initiale, la situation antérieure à la garde partagée. La pension alimentaire mensuelle versée par le père auparavant est une considération importante dans les circonstances de l'espèce, car les coûts fixes de la mère en dépendaient en partie. Cependant, elle n'est pas acquise une fois que les parties optent pour la garde partagée. La Cour d'appel a accordé une pension alimentaire de 399,61 \$ par mois, ce qui se situe dans les limites acceptables établies. Elle a bien énoncé les principes de base. Sa malencontreuse observation concernant la possibilité de recourir à un « multiplicateur type » dans certaines circonstances n'a nullement entaché sa conclusion, et son recours restreint à un facteur multiplicatif est amplement contrebalancé par les autres facteurs. [129] [132] [137] [145] [150] [154]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; **arrêts mentionnés :** *Green c. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242; *Jamieson c. Jamieson*, [2003] A.N.-B. n° 67 (QL), 2003 NBQB 74; *Berry c. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659; *Fletcher c. Keilty* (2004), 269 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 302, 2004 NBCA 34; *Slade c. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean c. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill c. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot c. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis c. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie c. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782; *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke c. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni c. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; *Middleton c. MacPherson* (1997), 204 A.R. 37; *Moran c. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352; *Harrison c. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

Citée par le juge Fish (dissent)

*Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

### Lois et règlements cités

*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, art. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10.

*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, ss. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10.

### Authors Cited

Canada. Department of Justice. Child Support Team. Research Report. *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*. Ottawa: The Department, 1997.

Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 2. Ottawa: The Department, 2002.

Colman, Gene C. “*Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines” (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63.

Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *Child Support: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Committee, 1991.

Finnie, Ross, Carolina Giliberti and Daniel Stripinis. *An Overview of the Research Program to Develop a Canadian Child Support Formula*. Ottawa: Department of Justice, 1995.

MacDonald, James C., and Ann C. Wilton. *Child Support Guidelines: Law and Practice*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2004, release 4).

McLeod, James G. “The Proposed Child Support Guideline Package: The Scope of Judicial Discretion”, in *Federal Child Support Guidelines: Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice, 1997, F-1.

Melli, Marygold S. “Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents” (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219.

Melli, Marygold S., and Patricia R. Brown. “The Economics of Shared Custody: Developing an Equitable Formula for Dual Residence” (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543.

Millar, Paul, and Anne H. Gauthier. “What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada” (2002), 17 *C.J.L.S.* 139.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada 2004*. Toronto: Irwin Law, 2004.

Rogerson, Carol. “Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody” (1998), 15 *Can. J. Fam. L.* 11.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

Thompson, D. A. Rollie. “Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*”, 2004 CarswellBC 1157.

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 15(8) [maintenant abrogé], 17(8) [maintenant abrogé], 26.1(2) [aj. 1997, ch. 1, art. 11].

### Doctrine citée

Canada. Ministère de la Justice. Équipes sur les pensions alimentaires pour enfants. Rapport de recherche. *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*. Ottawa : Le Ministère, 1997.

Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2. Ottawa : Le Ministère, 2002.

Colman, Gene C. « *Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines » (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63.

Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. *Pensions alimentaires pour enfants : Document de travail public*. Ottawa : Le Comité, 1991.

Finnie, Ross, Carolina Giliberti et Daniel Stripinis. *Aperçu du programme de recherche visant à élaborer une formule canadienne de calcul des pensions alimentaires pour enfants*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1995.

MacDonald, James C., and Ann C. Wilton. *Child Support Guidelines : Law and Practice*, 2nd ed., vol. 1. Toronto : Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2004, release 4).

McLeod, James G. « Le système proposé de Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire », dans *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel de référence sur les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1997, F-1.

Melli, Marygold S. « Guideline Review : Child Support and Time Sharing by Parents » (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219.

Melli, Marygold S., and Patricia R. Brown. « The Economics of Shared Custody : Developing an Equitable Formula for Dual Residence » (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543.

Millar, Paul, and Anne H. Gauthier. « What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada » (2002), 17 *R.C.D.S.* 139.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada 2004*. Toronto : Irwin Law, 2004.

Thompson, D. A. Rollie. “Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*” (2004), 42 R.F.L. (5th) 326.

Wensley, Kim Hart. “Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines: Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion?” (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O’Connor A.C.J.O., Weiler and Rosenberg J.J.A.) (2003), 67 O.R. (3d) 703, 232 D.L.R. (4th) 654, 42 R.F.L. (5th) 295, 178 O.A.C. 281, [2003] O.J. No. 4128 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (Carnwath, E. Macdonald and Czutrin J.J.) (2002), 62 O.R. (3d) 295, 166 O.A.C. 172, 30 R.F.L. (5th) 266, [2002] O.J. No. 4620 (QL), allowing an appeal from a decision of Rogers J. and setting aside her order reducing the father’s child support payments. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

*Deidre Smith, Susan E. Milne and Gary Joseph*, for the appellants.

*Thomas G. Bastedo, Q.C., and Samantha Chousky*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron J.J. was delivered by

BASTARACHE J. —

### 1. Introduction

When the federal government decided to adopt in 1997 the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (“Guidelines”), its first decision was to choose between different formulae and design a system that would be adapted to the Canadian context. The formulae that were considered with

Rogerson, Carol. « Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody » (1998), 15 *Rev. Can. D. Fam.* 11.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

Thompson, D. A. Rollie. « Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* », 2004 CarswellBC 1157.

Thompson, D. A. Rollie. « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* » (2004), 42 R.F.L. (5th) 326.

Wensley, Kim Hart. « Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines : Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion? » (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef adjoint O’Connor et les juges Weiler et Rosenberg) (2003), 67 O.R. (3d) 703, 232 D.L.R. (4th) 654, 42 R.F.L. (5th) 295, 178 O.A.C. 281, [2003] O.J. No. 4128 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (les juges Carnwath, E. Macdonald et Czutrin) (2002), 62 O.R. (3d) 295, 166 O.A.C. 172, 30 R.F.L. (5th) 266, [2002] O.J. No. 4620 (QL), qui avait accueilli un appel contre une décision de la juge Rogers et annulé son ordonnance diminuant le montant de la pension alimentaire exigible du père pour l’enfant. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

*Deidre Smith, Susan E. Milne et Gary Joseph*, pour l’appelante.

*Thomas G. Bastedo, c.r., et Samantha Chousky*, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

### 1. Introduction

Lorsqu’il a décidé d’établir les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« lignes directrices »), en 1997, le gouvernement fédéral a dû tout d’abord opter entre différentes formules et concevoir un système adapté au contexte canadien. Quatre formules

greatest attention were the four in use in the United States: (1) the Income-Shares Model, where the child should receive the same amount of the parental income, in proportion to each parent's income, as before the separation; (2) the Delaware or Melson Formula, where basic needs are met before determining how the child is to share the remaining parental income; (3) the Flat Percentage of Income Model, where it is assumed that each parent will spend the same percentage of his or her income on the child and the non-custodial parent's share is fixed by regulation; and (4) the Income Equalization Model which is designed to equalize the standards of living of custodial and non-custodial parents so that the child will experience the lowest reduction in standard of living possible (Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *Child Support: Public Discussion Paper* (1991), at pp. 10-11).

2

The government decided to adopt a unique formula in the case of split custody; that is the situation where each spouse has custody of one or more children. It is best described as the revised fixed percentage. It is included in ss. 3 and 8 of the Guidelines (see Appendix) and has the features of the flat percentage formula, but uses a specific set of underlying principles to arrive at percentages that vary according to income level. The formula produces a schedule of payment amounts taking into consideration tax consequences. It provides for some add-ons with respect to special expenses (R. Finnie, C. Giliberti and D. Stripinis, *An Overview of the Research Program to Develop a Canadian Child Support Formula* (1995), at pp. 27-28).

3

When dealing with shared custody, however, the formula used in ss. 3 and 8 was not retained. New categories of custodial arrangements were created under s. 9 which states:

9. Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

utilisées aux États-Unis ont retenu son attention : (1) celle fondée sur le partage du revenu (« *Income-Shares Model* »), où le montant payable pour l'enfant, établi à proportion du revenu de chacun des parents, équivaut au montant que le couple consacrait à l'enfant avant sa séparation; (2) la formule *Delaware* ou *Melson*, où les besoins essentiels sont comblés, puis le reste du revenu des parents est réparti au bénéfice de l'enfant; (3) le pourcentage fixe du revenu (« *Flat Percentage of Income Model* »), où l'on suppose que chacun des parents dépensera pour l'enfant le même pourcentage de son revenu, la part du parent non gardien étant déterminée par règlement; (4) l'égalisation des revenus (« *Income Equalization Model* »), dont l'objectif est d'équilibrer le niveau de vie du parent gardien et celui du parent non gardien de sorte que le niveau de vie de l'enfant diminue le moins possible (Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille : *Pensions alimentaires pour enfants : Document de travail public* (1991), p. 11-12).

Le gouvernement a décidé d'adopter une formule unique dans le cas de la garde exclusive — lorsque chacun des époux a la garde d'un enfant ou plus — : celle du pourcentage fixe révisé, prévue aux art. 3 et 8 des lignes directrices (voir l'annexe). Elle s'apparente à la formule du pourcentage fixe, mais se double d'un ensemble précis de principes de base permettant d'arriver à un pourcentage qui varie en fonction du niveau de revenu. Son application produit des tables tenant compte des conséquences fiscales, et elle prévoit des rajustements pour certaines dépenses spéciales (R. Finnie, C. Giliberti et D. Stripinis, *Aperçu du programme de recherche visant à élaborer une formule canadienne de calcul des pensions alimentaires pour enfants* (1995), p. 27-29).

Toutefois, en matière de garde partagée, cette formule n'a pas été retenue. De nouvelles catégories de modalités de garde ont été créées à l'art. 9, dont voici le libellé :

9. Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :



(a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;

(b) the increased costs of shared custody arrangements; and

(c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

These shared custodial arrangements required the application of an entirely different formula, one that is not designed with the same guiding principles. Guidelines amounts applicable to the former non-custodial parent or to the highest income earner in the case of a first application cannot therefore be considered to be presumptively applicable. Shared custody arrangements are not a simple variation of the general regime, they constitute by themselves a complete system.

The application of the factors under s. 9 of the Guidelines have proven to pose serious difficulties. The problems have been addressed in terms of fairness. As mentioned by professor C. Rogerson in her article “Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody” (1998), 15 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 20:

Pushing in favour of some adjustment is a concern for fair and consistent treatment of payors who incur increased expenses during the time they spend with the child. There are two dimensions to the fairness claim. The first is fairness between the payor and the support recipient, who is arguably being relieved of some costs assumed by the payor. The second is fair and consistent treatment of the payor as compared to payors at the same income level who may not be spending any money directly on their children apart from the payment of child support.

But then adjustments are hard to evaluate. More time spent with a child may not involve increased spending or significant savings for the other parent. Where there is a significant disparity of incomes, a new formula can mean a drastic change in the amount of support for the lower-income parent, who was previously the custodial parent, and exacerbate the differences in standard of living in the two households. There is also a

a) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;

b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

c) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

Ces modalités de garde partagée commandent l'application d'une tout autre formule fondée sur des principes directeurs différents. L'on ne saurait donc présumer de l'application du montant exigible, suivant les lignes directrices, du parent qui n'avait pas la garde ou dont le revenu était plus élevé lors de la demande initiale. Les modalités de garde partagée ne sont pas qu'une simple variante du régime général; elles constituent en elles-mêmes un système complet.

L'application des facteurs prévus à l'art. 9 a soulevé de grandes difficultés que l'on a abordées sous l'angle de l'équité. Comme l'a mentionné la professeure C. Rogerson dans son article intitulé « Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody » (1998), 15 *Rev. Can. D. Fam.* 11, p. 20 :

[TRADUCTION] L'argumentation en faveur d'un certain rajustement reflète le souci de traiter équitablement et uniformément les débiteurs dont les dépenses s'accroissent pendant que l'enfant est avec eux. Le souci d'équité a deux volets. Le premier est de traiter équitablement le débiteur et le créancier alimentaire, ce dernier étant en principe déchargé de certains coûts assumés par le débiteur. Le deuxième est de traiter équitablement et uniformément le débiteur par rapport aux autres débiteurs dont le niveau de revenu est le même et qui ne versent directement aucune somme pour subvenir aux besoins de leurs enfants, hormis la pension alimentaire.

Or, il est difficile de quantifier le rajustement qui s'impose. L'augmentation du temps passé avec l'enfant n'emporte pas nécessairement une augmentation des dépenses ni une économie substantielle pour l'autre parent. Lorsque l'écart entre les revenus est important, le recours à une nouvelle formule peut se traduire par une modification radicale du montant de la pension versée au parent moins fortuné qui avait jusqu'alors la garde

concern that shared custody can entail more cost in duplication of services and leave less money for support.

5

Against this backdrop, the role of the Court is to interpret the Guidelines as drafted by Parliament. Section 9 is labelled “Shared custody”. Forty per cent or more time spent with physical access to the child triggers the application of the three factors in s. 9. We are not concerned in this case with the difficulties sometimes encountered in determining whether the threshold has been met, but with the quantum of support to be awarded once it is. The Court is being asked to decide whether the s. 9 award can be greater than the Guidelines amount; whether the Guidelines amounts are presumptively applicable; whether all three factors in s. 9 are to be given equal weight; whether “increased costs” under s. 9 refers to increased costs of the previously non-custodial parent or increased costs resulting from the shared custodial arrangement; whether a multiplier can be used in the absence of evidence of increased costs; and how actual needs, conditions and means are taken into account in deciding on a deviation from the Guidelines amounts. These questions must be approached in the context of the particular facts of this case, to which I now turn.

### 1.1 *Overview of the Facts*

6

The mother and the father were married on October 30, 1982, and their only child, Christopher, was born on March 26, 1986. After they separated, they entered into an agreement, dated May 25, 1992, that provided for joint custody of Christopher. His daily residence was to be with the mother, free and liberal access being given to the father. The agreement further provided that the father would pay child support in the amount of \$500 per month, subject to an annual cost of living increase. No annual increases were ever paid by the father, and in 1998, the mother applied for the

de l'enfant et exacerber la disparité des niveaux de vie entre les deux ménages. Il est également possible que la garde partagée soit plus coûteuse à cause du doublement des dépenses et qu'elle fasse diminuer les fonds disponibles pour les aliments.

C'est dans ce contexte qu'il incombe à notre Cour d'interpréter les lignes directrices prévues par le législateur. L'objet de l'art. 9 ressort de son intitulé « Garde partagée ». Une garde physique ou un droit d'accès exercé au moins 40 p. 100 du temps emporte l'application des trois facteurs prévus par cette disposition. Le présent pourvoi ne porte pas sur les difficultés parfois rencontrées pour déterminer si ce pourcentage est atteint, mais plutôt sur le montant de la pension alimentaire qui doit être accordé lorsque cette condition est satisfaite. Notre Cour est appelée à décider si le montant déterminé en application de l'art. 9 peut être supérieur à celui que prévoient les lignes directrices, si les montants prévus dans celles-ci sont présumés exigibles, s'il faut accorder la même importance aux trois facteurs énumérés à l'art. 9, si les « coûts plus élevés » mentionnés à l'art. 9 s'entendent des coûts plus élevés que doit supporter le parent qui, jusqu'alors, n'avait pas la garde de l'enfant ou des coûts plus élevés imputables à la garde partagée, si l'on peut employer un multiplicateur à défaut d'une preuve d'accroissement des coûts et de quelle manière l'on doit tenir compte des ressources et des besoins réels pour rajuster un montant établi en application des lignes directrices. Ces questions doivent être tranchées en fonction des faits de l'espèce, que j'aborde ci-après.

### 1.1 *Aperçu des faits*

La mère et le père se sont mariés le 30 octobre 1982 et leur enfant unique, Christopher, est né le 26 mars 1986. Après leur séparation, ils ont conclu une entente datée du 25 mai 1992 dans laquelle ils convenaient de partager la garde de Christopher. L'enfant devait habiter avec sa mère sur une base quotidienne, le père ayant librement accès à son fils. Il était également convenu que le père verserait pour l'enfant une pension alimentaire de 500 \$ par mois indexée annuellement sur le coût de la vie. Le père n'a jamais indexé la somme comme convenu et, en 1998, la mère a présenté une demande en vue

Guidelines amount of support. By minutes of settlement signed in July of 1998, the father agreed to pay \$563 per month in child support, based on his annual income of \$68,712, adjusted annually in accordance with the Guidelines. Again, child support was not adjusted, although the father's income rose to \$83,527.58 in 1999. The parties also shared equally in Christopher's orthodontic expenses, although the mother's income of \$53,292 was less than that of the father.

In 2000, the mother began taking a course on Tuesday nights and asked if the father would switch nights with her so that Christopher would be with the father on Tuesdays instead of Thursdays. The father stated that he would take Christopher on both days for the duration of the course.

As a result of having Christopher with him for an additional night each week, in September of 2000, the father requested a reduction in child support based on the s. 9 shared custody provisions, but the mother refused. In March 2001, the father applied to vary the amount of child support on the grounds that the extra night resulted in Christopher being with him 50 percent of the time. Both parties filed their 1998, 1999 and 2000 tax returns as well as their respective financial statements. Both parties attributed 50 percent of their fixed and variable expenses such as mortgage, taxes and groceries to Christopher and both claimed additional expenses for him. The mother and father respectively assigned \$1,916.95 and \$1,814 of their total expenses to Christopher. The mother stated that monthly expenses for him for clothes, school fees and activities for him totalled \$275 per month, while the father claimed \$120 per month in variable expenses. The mother also invested \$153.84 monthly in a Registered Education Savings Plan ("RESP") for Christopher's benefit. Both these variable expenses and the amount invested monthly in the RESP were included in both parents' total expenses.

d'obtenir à titre de pension alimentaire le montant prévu par les lignes directrices. Dans un règlement à l'amiable signé en juillet 1998, le père a accepté de payer pour l'enfant une pension alimentaire mensuelle de 563 \$. Ce montant avait été établi en fonction de son revenu annuel de 68 712 \$ et devait être rajusté chaque année conformément aux lignes directrices. Cette fois encore, aucun rajustement n'a eu lieu bien que le revenu du père soit passé à 83 527,58 \$ en 1999. Les parties ont aussi assumé à parts égales les frais d'orthodontie de leur fils, même si le revenu de la mère — 53 292 \$ — était inférieur à celui du père.

En 2000, la mère s'est inscrite à un cours donné le mardi soir. Elle a demandé au père s'il s'occuperait de Christopher le mardi plutôt que le jeudi. Le père a offert de le prendre avec lui les deux soirs pendant la durée du cours.

En septembre 2000, comme il avait la garde de son fils une soirée de plus par semaine, le père a demandé la réduction du montant de la pension alimentaire en invoquant l'art. 9 applicable à la garde partagée, mais la mère a refusé. En mars 2001, il a présenté une demande de modification de l'ordonnance alimentaire au motif que Christopher était désormais avec lui 50 p. 100 du temps depuis qu'il s'en occupait une soirée de plus chaque semaine. Les deux parties ont déposé leurs déclarations de revenus pour 1998, 1999 et 2000, ainsi que leurs états financiers respectifs. Elles y avaient imputé à Christopher 50 p. 100 de leurs frais fixes et variables, tels que les versements hypothécaires, les taxes et la facture d'épicerie, et déduit toutes deux des dépenses supplémentaires pour leur fils. La mère et le père ont respectivement imputé à Christopher des dépenses mensuelles totales de 1 916,95 \$ et de 1 814 \$. La mère a déclaré des débours de 275 \$ par mois pour les vêtements, les études et les activités scolaires de Christopher, tandis que le père a soumis des dépenses variables de 120 \$ par mois. La mère versait également 153,84 \$ par mois dans un régime enregistré d'épargne-études (REEE) établi au bénéfice de Christopher. Ces dépenses variables et la contribution mensuelle au REEE étaient comprises dans les dépenses totales des deux parents.

7

8

1.2 *Judicial History*1.2.1 Ontario Superior Court of Justice (Unified Family Court)

9 Rogers J. endorsed the record that in recognition of the shared custody regime, pursuant to s. 9, there would be a reduction in the Guidelines amount. She ordered a retroactive reduction in support to \$100 per month, commencing in September 2000, requiring the mother to repay the overpayment at a rate of \$50 per month. Further, she ordered the parties to share equally in s. 7 expenses (special or extraordinary expenses). The parties were entitled to claim the dependent deduction for Christopher in alternate years. The father was awarded costs in the amount of \$3,800.

10 A transcription of the proceedings revealed that there had been an earlier finding that Christopher currently lives with his father 50 percent of the time as it was conceded by the mother at a pre-hearing conference. Rogers J. permitted the father to file recent copies of his tax returns but did not permit the mother, who was self-represented, to question any of the figures. Rogers J. fixed the mother's income at \$68,082, inclusive of a \$7,000 bonus. The father's income was found to be \$87,000. She found that the Table amount of child support for the father was \$688 per month, while for the mother, it was \$560 per month. She determined the difference in their respective child support obligations to be \$128, half of which was \$64, an amount that she then grossed up by 50 percent to produce a figure of \$96. Rogers J. raised this to \$100 per month for ease of calculation.

11 Rogers J. indicated that she would not hear evidence from the mother concerning the financial hardship she experienced as a result of a move that she made for Christopher's benefit, as this was not in the affidavit material filed before her. She remarked:

I can only hear about what's already in the materials. So go from what the evidence is that you've introduced and you may wish to tell me how that relates to this

1.2 *Historique judiciaire*1.2.1 Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour de la famille)

La juge Rogers a inscrit au dossier de la requête que, en raison du régime de garde partagée, le montant figurant dans les lignes directrices serait réduit en application de l'art. 9. Elle a ordonné que le montant de la pension alimentaire soit abaissé à 100 \$ par mois, rétroactivement, à compter de septembre 2000, et que la mère rembourse le paiement en trop à raison de 50 \$ par mois. Les parties devaient également assumer à parts égales les dépenses visées à l'art. 7 (dépenses spéciales ou extraordinaires) et se prévaloir du crédit d'impôt pour personne à charge à tour de rôle. Des dépens de 3 800 \$ ont été adjugés au père.

La transcription de l'instance révèle qu'il avait été déterminé au préalable que Christopher vivait désormais la moitié du temps avec son père, la mère l'ayant reconnu en conférence préparatoire. La juge Rogers a autorisé le père à déposer des copies de sa plus récente déclaration de revenus, mais a refusé à la mère, qui n'était pas représentée par avocat, d'en contester les chiffres. Elle a évalué le revenu de la mère à 68 082 \$, y compris une prime de 7 000 \$, et celui du père à 87 000 \$. Elle a conclu que, selon la table, le montant de la pension alimentaire payable par le père pour l'enfant s'élevait à 688 \$ par mois, alors que celui exigible de la mère était de 560 \$. Elle a divisé par deux la différence entre leurs obligations alimentaires respectives (128 \$), pour obtenir 64 \$, montant qu'elle a ensuite majoré de 50 p. 100 pour arriver à 96 \$, puis arrondi à 100 \$ pour faciliter le calcul.

La juge Rogers a refusé d'entendre la mère au sujet des difficultés financières qu'elle avait éprouvées par suite d'un déménagement effectué dans l'intérêt de Christopher, au motif que l'affidavit produit au dossier n'en faisait pas état :

[TRADUCTION] Je ne peux vous entendre que relativement à ce qui figure déjà dans les documents produits. Alors, fondez-vous sur la preuve que vous avez

but essentially there's been a finding that there's a fifty percent regime here. We're just doing math today. Okay? [Emphasis added.]

1.2.2 Ontario Superior Court (Divisional Court) (2002), 62 O.R. (3d) 295

The Divisional Court found that the motions judge had failed to consider whether there had been any increased costs as a result of the shared custody regime, as required by s. 9(b), and that she had also failed to consider the factors listed in s. 9(c). Without this analysis, the court stated that it was difficult to determine how the support amount was calculated. The court also observed that there was a lack of judicial consensus on how support should be calculated under s. 9 and that the proper procedure was also an issue. The court reviewed the relevant portions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), noting that the court was required to order the Guidelines amount except with respect to five discretionary situations: children over the age of majority (s. 3(2)); high income earners (s. 4); step-parents (s. 5); undue hardship (s. 10); and shared custody (s. 9). The court noted the principles enunciated by this Court in *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, setting out the proper approach to the application of the Guidelines. Acknowledging that *Francis v. Baker* dealt with the proper approach to the exercise of the court's discretion to deviate from the Guidelines amount where the payor's income was over \$150,000, the court determined that the same principles should apply to the other permitted deviations to ensure a consistent approach. The court held that in considering an application for deviation under any statutory exception, a court must first:

- (a) make a presumption in favour of the Guidelines amount;

déposée et dites-moi en quoi cela s'y rapporte, mais, en fait, l'existence d'une garde moitié-moitié a été établie en l'espèce. Aujourd'hui, nous ne faisons que des calculs. D'accord? [Je souligne.]

1.2.2 Cour supérieure de l'Ontario (Cour divisionnaire) (2002), 62 O.R. (3d) 295

La Cour divisionnaire a conclu que la juge des requêtes avait omis de se demander si des coûts plus élevés pouvaient être associés au régime de garde partagée, comme le prévoyait l'al. 9b), et de prendre en considération les facteurs mentionnés à l'al. 9c). À défaut d'une telle analyse, il était difficile, selon elle, de déterminer comment le montant de la pension alimentaire avait été calculé. La Cour divisionnaire a également signalé l'absence de consensus au sein des tribunaux quant à la manière de calculer le montant de la pension alimentaire en application de l'art. 9 et fait observer que la question de la démarche appropriée se posait également. Elle a examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), précisant que le tribunal devait ordonner le paiement du montant figurant dans les lignes directrices, sauf dans cinq cas où il pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire : enfant majeur (par. 3(2)); revenu élevé (art. 4); parent de substitution (art. 5); difficultés excessives (art. 10); garde partagée (art. 9). Elle a rappelé les principes énoncés par notre Cour dans *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, concernant l'application appropriée des lignes directrices. Après avoir reconnu que cet arrêt encadrerait l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rajuster le montant issu de l'application des lignes directrices lorsque le revenu du débiteur était supérieur à 150 000 \$, la Cour divisionnaire a déterminé qu'il fallait appliquer ces principes dans les autres situations où le rajustement était permis, et ce, dans un dessein d'uniformité. Selon elle, le tribunal saisi d'une demande de rajustement dans un cas où la loi prévoyait une exception devait suivre la démarche suivante :

[TRADUCTION]

- a) premièrement, établir l'existence d'une présomption en faveur du montant prévu dans les lignes directrices;

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>(b) impose an onus on the party seeking a deviation to establish on “clear and compelling evidence” that the deviation is in the child’s best interest;</li> <li>(c) consider all the statutory factors noted in the section establishing a permitted deviation without providing pre-eminence to any factor;</li> <li>(d) deny any application for a deviation based merely upon invocation of the discretionary provision;</li> <li>(e) focus on the child’s actual circumstances and not perceived parental fairness considerations, such as balancing of parental means. [para. 16]</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>b) exiger de la partie qui en fait la demande qu’elle établisse au moyen d’une « preuve claire et incontestable » que le rajustement est dans l’intérêt de l’enfant;</li> <li>c) tenir compte de tous les facteurs prévus par la disposition permettant le rajustement sans en privilégier aucun;</li> <li>d) rejeter toute demande de rajustement alléguant la seule existence du pouvoir discrétionnaire;</li> <li>e) s’attacher à la situation réelle de l’enfant et non à quelque notion d’équité envers les parents, comme la pondération de leurs ressources. [par. 16]</li> </ul> |
|---|---|

13

The Divisional Court presented a three-step analysis for applications for deviation from the Guidelines amount, beginning with a determination of whether the applicant exercises a right of access for no less than 40 percent of the time over the course of the year. Secondly, the court must find that the presumption in favour of the Guidelines amount has been rebutted. This is satisfied if the applicant has discharged the onus of establishing on clear and compelling evidence that the decision is in the child’s best interests. The court stated that there is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9. The court must consider all the statutory factors without providing pre-eminence to any factor. The focus of determination must be the child’s actual circumstances, not perceived parental fairness, such as balancing parental means. Finally, once the court makes the second finding and the presumption is rebutted, the court considers s. 9(a), (b) and (c) in the exercise of its discretion. In addition, the court adopted the view of the British Columbia Court of Appeal in *Green v. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310, and rejected the formulaic approach to s. 9. It granted the appeal and increased support to \$688 per month retroactive to September 1, 2000. The court was of the view that there was no clear and compelling evidence that the deviation was in the child’s best interest and that the motions judge was clearly wrong in law to depart from the Guidelines amount.

La Cour divisionnaire a proposé une analyse en trois étapes pour déterminer le rajustement du montant issu de l’application des lignes directrices. Premièrement, le demandeur exerce-t-il un droit d’accès au moins 40 p. 100 du temps au cours de l’année? Deuxièmement, la présomption en faveur du montant figurant dans les lignes directrices a-t-elle été réfutée? Le demandeur satisfait à cette exigence en établissant au moyen d’une preuve claire et incontestable que la mesure est dans l’intérêt de l’enfant. La Cour divisionnaire a précisé qu’il n’existait aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l’art. 9. Le tribunal doit prendre en considération tous les facteurs énumérés et n’en privilégier aucun. L’accent doit être mis sur la situation réelle de l’enfant, et non sur quelque notion d’équité envers les parents, comme la pondération de leurs ressources. Enfin, une fois la deuxième condition remplie par la réfutation de la présomption, le tribunal examine les al. 9a), b) et c) dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. La Cour divisionnaire a également fait sien le point de vue de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Green c. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310, et rejeté l’approche réduisant la portée de l’art. 9 à l’application d’une formule. Elle a accueilli l’appel et porté le montant de la pension alimentaire à 688 \$ par mois rétroactivement au 1<sup>er</sup> septembre 2000. Selon elle, aucun élément clair et incontestable n’établissait que le rajustement était dans l’intérêt de l’enfant, de sorte que la décision de la juge des requêtes de modifier le montant prévu par les lignes directrices était manifestement erronée en droit.

1.2.3 Ontario Court of Appeal (2003), 67 O.R. (3d) 703

Weiler and Rosenberg JJ.A., for the court, found that the Divisional Court had erred in its interpretation of s. 9 of the Guidelines. They held that once the applicant parent shows that the 40 percent threshold has been reached, there is no discretion at this early stage; the court must apply s. 9 and the presumptive Table amounts no longer apply. The Court of Appeal was also of the view that the motions judge had erred in adopting a formulaic approach. Recognizing that the courts in the country were generally divided on the proper approach to s. 9, the Court of Appeal indicated a preference for a structured discretionary approach in order to add a dimension of predictability and objectivity. Although the Court of Appeal expressed concern about the lack of information before the motions judge concerning the increased costs of shared custody, it was satisfied that there was sufficient evidence in the record to determine the appropriate quantum under s. 9 without falling back on a strict formulaic approach.

According to the Court of Appeal, *Francis v. Baker* could not be taken out of context and did not apply to s. 9. The court found that the Divisional Court erred in failing to consider the significant differences in wording contained in the various discretionary sections. In particular, the court found that the Divisional Court's analysis introduced a presumption not called for by the language of the section, one that is also contrary to the principles of statutory interpretation. The Divisional Court was wrong in finding that there is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9. According to the Court of Appeal, where the 40 percent threshold has been met, the provision establishes the manner of calculating the amount of child support. The language of s. 9 requires the court to determine child support by taking into account the three factors contained in that section: paras. (a), (b), and (c).

The Court of Appeal explained that under para. (a), calculation of the simple set-off amount was a

1.2.3 Cour d'appel de l'Ontario (2003), 67 O.R. (3d) 703

Les juges Weiler et Rosenberg ont conclu, au nom de la Cour d'appel, que la Cour divisionnaire avait mal interprété l'art. 9 des lignes directrices. Selon eux, dès que le parent demandeur établit que le seuil de 40 p. 100 a été atteint, le tribunal doit appliquer l'art. 9, et les montants tenus pour exigibles dans la table ne s'appliquent plus; il n'y a à cette étape aucun pouvoir discrétionnaire. La Cour d'appel a également estimé que la juge des requêtes avait eu tort de recourir à l'application d'une formule. Reconnaissant que les tribunaux canadiens étaient généralement partagés quant à la manière dont il convient d'appliquer l'art. 9, elle a dit privilégier une méthode discrétionnaire structurée pour des raisons de prévisibilité et d'objectivité. Même si elle a déploré le peu de données présentées à la juge des requêtes au sujet des coûts plus élevés associés à la garde partagée, elle a dit être convaincue que la preuve contenue au dossier permettait d'établir le montant approprié sous le régime de l'art. 9 sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'application stricte d'une formule.

Selon la Cour d'appel, l'arrêt *Francis c. Baker* ne pouvait être considéré indépendamment de son contexte et ne portait pas sur l'application de l'art. 9. La Cour divisionnaire avait eu tort de ne pas tenir compte de la formulation très différente des diverses dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire. Plus particulièrement, son analyse avait fait apparaître une présomption que ne prévoyait pas la disposition et qui allait à l'encontre des principes d'interprétation législative. Elle avait eu tort de conclure qu'il n'existait aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9. Selon la Cour d'appel, une fois atteint le seuil de 40 p. 100, la façon de calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants est prévue à l'art. 9 : le tribunal détermine ce montant en tenant compte des facteurs correspondant aux al. a), b) et c).

La Cour d'appel a expliqué que la compensation simple opérée à l'al. 9a) constituait un bon point

14

15

16

useful starting point in determining the amount of support. The set-off amount must then be adjusted in accordance with paras. (b) and (c). Under s. 9(b), the court found that it must take into account the increased costs of the shared custody arrangement. The paragraph recognizes that the increased access for one parent does not result in a dollar for dollar reduction for the other parent and that each parent must bear some of the burden of the additional costs. The court acknowledged that the appropriate method for accounting for the increased costs of shared custody is through the examination of evidence, but in the absence of such evidence, the use of a multiplier is a useful tool to recognize the custodial parent's fixed costs, and to augment the figure arrived at after a simple set-off. The Court of Appeal was of the view that under s. 9(b), the court could make common sense assumptions that the non-custodial parent would have additional costs for variable items such as food, entertainment and transportation, but that evidence would have to be adduced if the parent wanted the court to consider any increase in fixed costs such as those associated with larger accommodations. Finally, according to the Court of Appeal, para. (c) gives the court a broad discretion to take into account the actual situation of the parents and children in ordering support. The court indicated that one goal should be to ensure that the child enjoys a comparable standard of living in both households.

17

Weiler and Rosenberg J.J.A. then applied these factors to the circumstances of the case. They started with a simple set-off and chose a multiplier of 67.6 percent because the mother's accommodations costs were 67.6 percent of her fixed costs for the child. This produced a figure of \$215. The court noted that the father had not provided any evidence of increased costs for Christopher, so it made the common sense assumption that variable costs for food and entertainment had risen pursuant to s. 9(c). The court went on to consider the spending patterns of both parents for the child, noting that the mother's expenses were \$403.41 and the father's \$270 per month, for a total of \$673.41. The court found that the ratio of the father's salary to the mother's salary was 55:45, and that the father

de départ pour calculer le montant de la pension alimentaire. Le montant issu de la compensation devait ensuite être rajusté en fonction des al. 9b) et c). Elle a conclu qu'il fallait tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée, l'al. 9b) reconnaissant que l'accroissement du droit d'accès exercé par un parent ne se traduit pas par la diminution proportionnelle des coûts de l'autre parent, et que chacun d'eux devait assumer une partie du coût supplémentaire. La Cour d'appel a reconnu que le moyen approprié de tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée était d'examiner la preuve, mais qu'à défaut de preuve, l'emploi d'un multiplicateur permettait de tenir compte des coûts fixes du parent gardien et de majorer le montant issu de la compensation simple. Elle a opiné que pour l'application de l'al. 9b), le tribunal pouvait logiquement supposer que les dépenses variables (nourriture, divertissement, transport, etc.) du parent non gardien augmenteraient, mais qu'une preuve de l'augmentation des coûts fixes, tels que le coût de la location d'un plus grand logement, était nécessaire. Enfin, selon la Cour d'appel, l'al. 9c) permettait au tribunal d'exercer un large pouvoir discrétionnaire et de prendre en considération la situation réelle des parents et des enfants pour déterminer le montant de l'ordonnance alimentaire. Elle a précisé que l'un des objectifs devait être que l'enfant jouisse d'un niveau de vie comparable dans les deux ménages.

Les juges Weiler et Rosenberg ont ensuite appliqué ces facteurs aux faits de l'espèce. Après avoir effectué une compensation simple, ils ont opté pour un multiplicateur de 67,6 p. 100 parce que les frais de logement de la mère représentaient 67,6 p. 100 de ses dépenses fixes pour l'enfant. Le résultat obtenu s'élevait à 215 \$. Le père n'ayant fourni aucune preuve de l'augmentation de ses dépenses pour Christopher, ils ont donc supposé logiquement, en application de l'al. 9c), que ses dépenses variables de nourriture et de divertissement s'étaient accrues. La Cour d'appel a ensuite examiné les dépenses mensuelles habituellement engagées par les deux parents pour l'enfant, soit 403,41 \$ dans le cas de la mère et 270 \$ dans le cas du père, pour un total de 673,41 \$. Le ratio entre le salaire du père et celui de la mère



should therefore pay 55 percent of \$673.41 or \$370, the mother being responsible for \$303. As the father was only paying \$270 per month, the court found that he should pay the mother an additional \$100 per month, to be added to the set-off amount of \$215. The mother's monthly RESP payment of \$153.84 for Christopher was then factored in by the court, and divided on the same ratio. This resulted in the addition of \$84.61 to the \$315, for a total of \$399.61 in support to be paid by the father. As there was no evidence of financial hardship before the court, no increase under s. 10 was ordered.

The court determined that the motions judge had erred in making the reduced support award retroactive to the time the father first requested a reduction because the father had never increased support in accordance with the cost of living as required by the agreement of the parties.

## 2. Analysis

### 2.1 *Interpretation of Section 9 of the Guidelines*

In order to determine the correct interpretation to be given to s. 9 of the Guidelines, it is necessary to examine the words of the provision in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Guidelines, the object of the Guidelines, and the intention of Parliament (see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Francis v. Baker*, at para. 34; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242).

Before turning to the heart of this case, it is important to point out what is in essence an issue of semantics. Parties and courts across the country have inconsistently referred to the parents under s. 9 as the “custodial” parent, “non-custodial” parent, “payor” parent and “recipient” parent. There is no perfect terminology. However, it is clear that in a shared physical custody arrangement, given the nature of child support, one cannot ignore that a transfer of money from one parent to the other will

s'établissant à 55/45, la Cour d'appel a estimé que le père devait assumer 55 p. 100 de 673,41 \$, soit 370 \$, contre 303 \$ pour la mère. Comme le père ne dépensait que 270 \$ par mois, il lui incombait de payer à la mère 100 \$ de plus, en sus du montant issu de la compensation qui s'établissait à 215 \$. La Cour d'appel a ensuite réparti suivant le même ratio la somme de 153,84 \$ versée chaque mois par la mère dans le REEE établi pour son fils, de sorte que 84,61 \$ se sont ajoutés aux 315 \$ exigibles du père, pour un total de 399,61 \$. Aucune preuve de difficultés financières ne lui ayant été présentée, la Cour d'appel n'a pas ordonné le paiement d'un montant supplémentaire en application de l'art. 10.

La Cour d'appel est arrivée à la conclusion que la juge des requêtes avait eu tort d'ordonner la réduction du montant de la pension alimentaire rétroactivement à la date de sa demande initiale, au motif que le père n'avait jamais indexé ce montant sur le coût de la vie comme l'exigeait l'entente liant les parties.

## 2. Analyse

### 2.1 *Interprétation de l'art. 9 des lignes directrices*

Interpréter correctement l'art. 9 des lignes directrices exige l'examen de la disposition dans son contexte global suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit des lignes directrices, leur objet et l'intention du législateur (voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Francis c. Baker*, par. 34; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242).

Avant de passer à la question au cœur du présent pourvoi, il importe de signaler une difficulté d'ordre essentiellement sémantique. À la grandeur du pays, parties et tribunaux ont qualifié de diverses manières les parents visés à l'art. 9 : « gardiens », « non gardiens », « débiteurs » et « créanciers ». Nulle terminologie n'est parfaite. Cependant, dans le contexte d'une garde partagée, étant donné la nature de la pension alimentaire pour enfants, l'on ne peut manifestement pas faire abstraction du transfert de

18

19

20

almost always occur. Thus, for sake of clarity, I will use the concepts of “payor” parent and “recipient” parent.

21 For ease of reference, I again reproduce s. 9 of the Guidelines:

9. Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

- (a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;
- (b) the increased costs of shared custody arrangements; and
- (c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

22 The mother submits that there is a presumption in favour of the Guidelines that applies to the exercise of all discretionary powers, including those found in s. 9. According to her, the onus is on the party seeking a deviation to establish on “clear and compelling evidence” that the deviation is in the child’s best interest. She relies on this Court’s decision in *Francis v. Baker*. The same approach was taken by the Divisional Court. I cannot accept her argument.

23 In *Francis v. Baker*, I held that, under s. 4 of the Guidelines (see Appendix), which deals with the situation of high income earners (income over \$150,000), there is a presumption in favour of the Guidelines amount. Guideline figures can only be increased or reduced if the party seeking such a deviation has rebutted the presumption of appropriateness. No right of deviation exists merely by pleading the discretionary provision. As earlier noted, s. 9 however expressly provides for a particular regime in cases of shared custody. This implies a departure from the payor/recipient model that comes under s. 3. In fact, s. 3 recognizes that the calculations under that provision will not apply where “otherwise provided under these Guidelines”.

fonds qui intervient presque toujours d’un parent à l’autre. J’emploierai donc, par souci de clarté, les termes parent « débiteur » et parent « créancier ».

Pour en faciliter la consultation, je reproduis à nouveau l’art. 9 des lignes directrices :

9. Si un époux exerce son droit d’accès auprès d’un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d’une année, le montant de l’ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

- a) des montants figurant dans les tables applicables à l’égard de chaque époux;
- b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;
- c) des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

La mère soutient qu’une présomption en faveur des lignes directrices s’applique à l’exercice de tout pouvoir discrétionnaire, dont celui que confère l’art. 9. Selon elle, il incombe à la partie qui fait la demande de rajustement d’établir au moyen d’une « preuve claire et incontestable » que ce rajustement est dans l’intérêt de l’enfant. Elle invoque à l’appui l’arrêt *Francis c. Baker* de notre Cour. La Cour divisionnaire a abondé dans le même sens. Je ne peux faire droit à cet argument.

Dans *Francis c. Baker*, j’ai conclu que l’art. 4 des lignes directrices (voir l’annexe) — qui s’applique à l’époux touchant un revenu supérieur à 150 000 \$ — établissait une présomption en faveur du montant prévu par les lignes directrices. Ce montant ne peut être majoré ou réduit que si la partie demandant le rajustement réfute la présomption qu’il est indiqué. Nul n’a droit à un rajustement du seul fait que la disposition confère un pouvoir discrétionnaire. Or, je le rappelle, l’art. 9 prévoit expressément l’application d’un régime particulier en cas de garde partagée, ce qui suppose une dérogation au modèle débiteur/créancier établi à l’art. 3, laquelle disposition précise d’ailleurs que les calculs auxquels elle donne lieu ne s’appliquent pas en présence d’une « disposition contraire des présentes lignes directrices ».

While ss. 3(2), 4, 5 and 10 (see Appendix) provide a framework establishing a structured discretion, each provision incorporates distinct factors which are absent in s. 9. Sections 3(2) and 4 specifically prescribe that the amount in the Guidelines is mandatory unless the court considers that there are reasons to find that it is inappropriate. Section 9 does not contain such a presumption. As submitted by the father, if the drafters of the Guidelines had intended this approach, they would have used the same words to provide for direction in all of the relevant sections. In fact, the wording of s. 9 is imperative. The court “must” determine the amount of child support in accordance with the three listed factors once the 40 percent threshold is met. There is no discretion as to when the section is to be applied: discretion exists only in relation to the quantification of child support (J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), at p. 254).

Given the presumption of consistent expression, it is possible to infer an intended difference in meaning from the use of different words or a different form of expression: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 164. Consequently, the reliance by the mother on the presumption enunciated in *Francis v. Baker* cannot stand and the Court of Appeal was correct in distinguishing the decision.

Furthermore, s. 9(a) refers only to the Table amounts, not the Guidelines amounts, thus precluding consideration under that paragraph of all of the discretionary factors that are allowed under the Guidelines for departure from the Table amounts, as in the case of s. 7 add-ons. This suggests that s. 9(a) is relatively narrow in its scope and cannot form the exclusive basis for an award of support under s. 9 unless paras. (b) and (c) are taken into consideration (see Rogerson, at pp. 57-58; K. H. Wensley, “Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines: Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion?” (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63).

Bien que le par. 3(2) et les art. 4, 5 et 10 (voir l’annexe) encadrent l’exercice du pouvoir discrétionnaire, chacune des dispositions prévoit des facteurs distincts qui ne figurent pas à l’art. 9. Le paragraphe 3(2) et l’art. 4 disposent expressément que le montant prévu par les lignes directrices est impératif sauf si, selon le tribunal, il y a des motifs de croire qu’il n’est pas indiqué. L’article 9 n’établit pas une telle présomption. Sinon, comme l’a soutenu le père, le législateur aurait libellé toutes les dispositions pertinentes de la même manière. À vrai dire, le texte de l’art. 9 a un caractère impératif. Le tribunal « doit » déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfants en fonction des trois facteurs qui y sont énumérés dès que le seuil de 40 p. 100 est atteint. Aucun pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé quant à savoir dans quels cas cette disposition s’applique; seule la détermination du montant de la pension alimentaire donne lieu à l’exercice d’un tel pouvoir (J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), p. 254).

Compte tenu de la présomption de l’uniformité d’expression, l’intention de conférer une signification différente peut être inférée de l’emploi de termes différents ou d’une forme différente d’expression : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 164. La mère ne peut donc invoquer la présomption énoncée dans *Francis c. Baker*, et la Cour d’appel a eu raison d’établir une distinction d’avec cet arrêt.

Par ailleurs, l’al. 9a) ne renvoie qu’aux montants figurant dans les tables, et non à ceux prévus dans les lignes directrices, ce qui exclut la prise en compte, sous le régime de cette disposition, de tous les facteurs discrétionnaires de dérogation aux tables énoncés dans les lignes directrices (comme à l’art. 7). Il s’ensuit que l’al. 9a) a une portée relativement étroite et qu’il ne peut constituer le seul fondement de l’ordonnance alimentaire visée à l’art. 9, sans que les al. b) et c) ne soient pris en considération (voir Rogerson, p. 57-58; K. H. Wensley, « Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines : Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion? » (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63).

24

25

26

27 The three factors structure the exercise of the discretion. These criteria are conjunctive: none of them should prevail (see Wensley, at p. 90; Payne and Payne, at p. 254; *Jamieson v. Jamieson*, [2003] N.B.J. No. 67 (QL), 2003 NBQB 74, at para. 24). Consideration should be given to the overall situation of shared custody and the costs related to the arrangement while paying attention to the needs, resources and situation of parents and any child. This will allow sufficient flexibility to ensure that the economic reality and particular circumstances of each family are properly accounted for. It is meant to ensure a fair level of child support.

28 The mother argues that, for shared custody, the Guidelines provide limited discretion to deviate from the amounts determined under s. 3, and then only upon consideration of the child's actual circumstances. For the reasons mentioned above, I must reject this argument. That is not the nature of the discretion provided in s. 9.

29 In the Court of Appeal decision, Weiler and Rosenberg JJ.A. write, at para. 40:

It seems to us that the error by the Divisional Court was in treating the s. 3 calculation as the "Guidelines amount". The court made the same error in saying that "[t]here is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9." To the contrary, where the 40 per cent threshold in s. 9 has been met, that provision establishes the manner of calculating the amount of child support, a calculation quite different from that set out in s. 3 or s. 4. As we read s. 9, especially the use of the phrase "must be determined" in the opening paragraph, deviation from the amount determined under s. 3 or s. 4 is required and the court must follow the process set out in s. 9. We appreciate that this results in more uncertainty and introduces more subjectivity in the calculation of child support orders, but that is an inevitable consequence of the wording of s. 9.

30 These comments may lead some parents to think that there should be an automatic reduction in the amount of child support in a case such as this one. In my opinion, there is only an automatic deviation *from the method used* under s. 3, but not

Les trois facteurs encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ils sont conjonctifs : aucun ne doit primer (voir Wensley, p. 90; Payne et Payne, p. 254; *Jamieson c. Jamieson*, [2003] A.N.-B. n° 67 (QL), 2003 NBQB 74, par. 24). Le contexte global de la garde partagée et les coûts qui y sont associés doivent être examinés au vu des besoins, des ressources et de la situation des parents et de chaque enfant. Cette démarche est suffisamment souple pour que la réalité économique et les circonstances particulières de chaque famille soient dûment prises en compte, l'objectif étant de fixer une pension alimentaire pour enfants qui soit juste.

La mère fait valoir que, en matière de garde partagée, les lignes directrices confèrent, pour le rajustement du montant fixé en application de l'art. 3, un pouvoir discrétionnaire limité qui ne peut être exercé qu'en tenant compte de la situation réelle de l'enfant. Pour les motifs mentionnés précédemment, je dois rejeter cet argument. Telle n'est pas la nature du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 9.

Les juges Weiler et Rosenberg, de la Cour d'appel, ont dit ce qui suit (par. 40) :

[TRADUCTION] Il nous semble que la Cour divisionnaire a commis une erreur en assimilant le montant calculé à l'art. 3 au « montant prévu par les lignes directrices ». Elle a commis la même erreur en précisant qu'« [i]l n'existe aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9 ». Au contraire, lorsque le critère de 40 p. 100 énoncé à l'art. 9 est respecté, cette disposition établit la façon de calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants, qui est très différente de celle prévue à l'art. 3 ou à l'art. 4. Selon notre interprétation de l'art. 9 et notamment de l'expression « est déterminé » au premier paragraphe, le rajustement du montant déterminé en application de l'art. 3 ou de l'art. 4 s'impose et le tribunal doit suivre la procédure établie à l'art. 9. Nous sommes conscients que cela rend le calcul de l'ordonnance alimentaire pour enfants plus incertain et subjectif, mais il s'agit là d'une conséquence inévitable du libellé de l'art. 9.

Ces propos pourraient porter certains parents à croire que le montant de la pension alimentaire pour enfants doit être automatiquement réduit dans un cas comme celui considéré en l'espèce. À mon avis, le rajustement automatique ne vise que *la méthode*

necessarily *from the amount* of child support. As submitted by the mother, it is quite possible that after a careful review of all of the factors in s. 9, a trial judge will come to the conclusion that the Guidelines amount will remain the proper amount of child support (see, e.g., *Berry v. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659).

Thus, not only is there no presumption in favour of awarding at least the Guidelines amount under s. 3, there is no presumption in favour of reducing the parent's child support obligation downward from the Guidelines amount (Wensley, at pp. 89-90).

The underlying principle of the Guidelines is that "spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (*Divorce Act*, s. 26.1(2) (see Appendix)). The Guidelines reflect this principle through these stated objectives (Guidelines, s. 1):

- (a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;
- (b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;
- (c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and
- (d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

These objectives create a palpable tension in the Guidelines (Rogerson, at pp. 59 and 93). At para. 40 in *Francis v. Baker*, I wrote that the proper construction of a provision "requires that the objectives of predictability, consistency and efficiency on the one hand, be balanced with those of fairness, flexibility and recognition of the actual 'condition[s],

prévue à l'art. 3, et pas nécessairement *le montant* de la pension alimentaire pour enfants. Comme l'a fait valoir la mère, il est fort possible qu'après avoir examiné attentivement l'ensemble des facteurs de l'art. 9, le juge de première instance arrive à la conclusion que le montant prévu par les lignes directrices demeure indiqué (voir, p. ex., *Berry c. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659).

Il n'existe donc ni présomption en faveur d'une ordonnance alimentaire dont le montant est au moins égal à celui issu de l'application de l'art. 3 des lignes directrices, ni présomption en faveur d'une réduction de l'obligation alimentaire d'un parent déterminée conformément aux lignes directrices (Wensley, p. 89-90).

Le principe qui sous-tend les lignes directrices veut que « l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge [soit] commune aux époux et qu'elle [soit] répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » (*Loi sur le divorce*, par. 26.1(2) (voir l'annexe)). Ce principe ressort des objectifs énoncés à l'art. 1 :

- a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;
- b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;
- c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;
- d) assurer un traitement uniforme des époux et [des] enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

Ces objectifs créent une tension palpable dans les lignes directrices (Rogerson, p. 59 et 93). Dans *Francis c. Baker*, j'ai dit que pour interpréter correctement une disposition, « il faut sopeser les objectifs de prévisibilité, d'uniformité et d'efficacité en fonction des objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des "ressources, des besoins

31

32

33

means, needs and other circumstances of the children' on the other". Like s. 4 in that case, s. 9 must here be interpreted with these objectives in mind. Parliament, in adopting s. 9, deliberately chose to emphasize the objectives of fairness, flexibility and recognition of the actual conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought, even if to the detriment of predictability, consistency and efficiency to some degree. The legislator recognized in s. 9 that there is a wide range of situations of shared custody depicting the reality of different families. The British Columbia Court of Appeal, in the same vein, observed that there is a myriad of fact patterns which come under the application of s. 9: *Green v. Green*, at para. 34.

34 The mother submitted to the Court a detailed account of the legislative history of Bill C-41 which provided for the necessary amendments to the *Divorce Act* (1985) and the attendant regulations which became the Guidelines. Many of the policy concerns raised by the mother are not disputed in this case and may, in my opinion, divert the Court from the real legal issue under scrutiny.

35 The mother argues that the Department of Justice made clear to the Standing Senate Committee that the Table amounts assumed that an access parent was paying substantial costs for the benefit of the child when exercising access. She points out that there was a last-minute amendment that lowered the threshold of shared custody to 40 percent, instead of 49.9 percent, with no accompanying amendment to the Table. The mother relies upon this proposition to assert that the Table as enacted takes into consideration expenses incurred by the non-custodial parent having custody up to 49.9 percent of the time. Thus, as I understand her argument, there would be less need for a reduction in the level of child support to the recipient parent once the 40 percent threshold is reached.

et, d'une façon générale, de la situation [réelle] des enfants" » (par. 40). Comme l'art. 4 dans cette affaire, l'art. 9 doit en l'espèce être interprété en gardant ces objectifs présents à l'esprit. Le législateur, en rédigeant l'art. 9, a volontairement mis l'accent sur les objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée, même si cela compromet jusqu'à un certain point la prévisibilité, l'uniformité et l'efficacité. Le législateur reconnaît à l'art. 9 que les divers profils familiaux se traduisent par une grande variété de modalités de garde partagée. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait observer qu'une multitude de situations tombent sous le coup de l'art. 9 : *Green c. Green*, par. 34.

Devant notre Cour, la mère a exposé en détail l'historique législatif du projet de loi C-41, qui a apporté les modifications nécessaires à la *Loi sur le divorce* (1985) et permis l'adoption du règlement d'application que sont devenues les lignes directrices. Bon nombre des questions de principe soulevées par la mère ne font pas l'objet de contestation en l'espèce et pourraient, à mon avis, éloigner notre Cour de la véritable question de droit qu'elle doit trancher.

La mère prétend que le ministère de la Justice a clairement indiqué au comité sénatorial permanent que les montants figurant dans les tables se fondaient sur l'hypothèse que le parent bénéficiant d'un droit d'accès verse des sommes substantielles au bénéfice de l'enfant lorsqu'il exerce ce droit d'accès. Elle signale qu'une modification de dernière minute a abaissé le seuil de la garde partagée de 49,9 p. 100 à 40 p. 100, sans que les tables ne soient modifiées en conséquence. Elle affirme donc que les tables adoptées tiennent compte des dépenses engagées par le parent non gardien ayant la garde de l'enfant au plus 49,9 p. 100 du temps. Si je comprends bien la thèse qu'elle défend, il serait moins nécessaire de réduire le montant versé au parent créancier une fois atteint le seuil de 40 p. 100.

I am of the opinion that this view is inconsistent with the statute. I agree with the father that the formula used to establish the standard Table amounts assumed that all of the expenditures for the children are met by the *recipient parent* and no account for any child-related expenditures is incurred by the payor parent at any level of access (see Canada, Department of Justice, *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report* (1997), at p. 2; Wensley, at pp. 83-85; G. C. Colman, “*Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines” (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63, at pp. 71-74; P. Millar and A. H. Gauthier, “What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada” (2002), 17 *C.J.L.S.* 139, at pp. 149 and 155-56).

## 2.2 *Factors Under Section 9*

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

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

The specific language of s. 9 warrants emphasis on flexibility and fairness. The discretion bestowed on courts to determine the child support amount in shared custody arrangement calls for the acknowledgment of the overall situation of the parents (conditions and means) and the needs of the children. The weight of each factor under s. 9 will vary according to the particular facts of

Ce point de vue me paraît incompatible avec la loi. Je conviens avec le père que la formule employée pour établir les montants ordinaires figurant dans les tables suppose que le *parent créancier* supporte toutes les dépenses pour l’enfant et que le parent débiteur n’en assume aucune, peu importe l’étendue de son droit d’accès (voir Canada, Ministère de la Justice, *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique* (1997), p. 2; Wensley, p. 83-85; G. C. Colman, « *Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines » (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63, p. 71-74; P. Millar et A. H. Gauthier, « What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada » (2002), 17 *R.C.D.S.* 139, p. 149 et 155-156).

## 2.2 *Facteurs énumérés à l’art. 9*

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

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

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

36

37

38

39

each case. I will now consider each of the three s. 9 factors.

2.2.1 Section 9(a) — Amounts Set Out in the Applicable Tables for Each of the Spouses

40 The first factor requires that the court take into account the financial situations of both parents (instead of the sole income of the spouse against whom the order is sought, as in s. 3). It is important to highlight the fact that the final and fully considered version of s. 9 does not include a conclusive formula to determine how the Table amounts are to be considered or accounted for.

41 The Court of Appeal, while it agreed that the use of a formula is not explicitly required in the section, concluded that the set-off approach in s. 8 could be a useful starting point to bring consistency and objectivity to the determination, especially in cases where there is limited information and the incomes of the parties are not widely divergent. I agree, but would caution against deciding these issues without proper information. I would particularly caution against a rigid application of the set-off which can entail, in the case of a variation order, a drastic change in support, dubbed the “cliff effect” by commentators (M. S. Melli and P. R. Brown, “The Economics of Shared Custody: Developing an Equitable Formula for Dual Residence” (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543, at p. 565; Rogerson, at p. 74; Wensley, at p. 70), that may not be warranted when a close examination of the financial situation of the parents and standard of living in both households is considered. The value of the set-off is in finding a starting point for a reasonable solution taking into account the separate financial contribution from each parent. A court will depart from the set-off amount or make adjustments to it if it is inappropriate in light of the factors considered under ss. 9(b) and 9(c). The set-off amount must therefore be followed by an examination of the continuing ability of the recipient parent to meet the needs of the child, especially in light of the fact that many costs are fixed. As mentioned by numerous commentators, this is a problem in many cases where there is a great discrepancy in the incomes of the parents

de l'espèce. Je vais maintenant examiner chacun des trois facteurs.

2.2.1 L'alinéa 9a) — Les montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux

Le premier facteur exige du tribunal qu'il tienne compte de la situation financière des deux parents (et non seulement du revenu de l'époux faisant l'objet de la demande, comme le prévoit l'art. 3). Il importe de souligner que, dans sa version définitive et mûrement réfléchie, l'art. 9 ne précise pas de quelle manière les montants figurant dans les tables doivent être pris en compte.

Même si elle a convenu que la disposition n'exigeait pas expressément l'emploi d'une formule, la Cour d'appel a conclu que la méthode de la compensation prévue à l'art. 8 pouvait constituer un bon point de départ pour favoriser l'uniformité et l'objectivité, surtout lorsque les données sont limitées et que l'écart entre les revenus des parties n'est pas substantiel. Je partage cet avis, mais je tiens à rappeler que le tribunal doit s'abstenir de trancher ces questions s'il ne dispose pas d'un minimum de renseignements. Il ne faut surtout pas appliquer strictement la méthode de la compensation, car il peut en résulter, dans le cas d'une ordonnance modificative, un changement radical du montant de la pension alimentaire, ce que certains observateurs ont appelé l'effet « chute brutale » (M. S. Melli et P. R. Brown, « The Economics of Shared Custody : Developing an Equitable Formula for Dual Residence » (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543, p. 565; Rogerson, p. 74; Wensley, p. 70), qui peut ne pas être justifié si l'on examine attentivement la situation financière des parents et le niveau de vie des deux ménages. L'avantage que présente la compensation est d'offrir un point de départ à la recherche d'une solution raisonnable qui tienne compte de la contribution financière distincte de chacun des parents. Le tribunal ne retiendra pas le montant issu de la compensation ou le rajustera s'il n'est pas indiqué au regard des facteurs mentionnés aux al. 9b) et c). Une fois la compensation opérée, il faut donc se demander si le parent créancier est toujours en mesure de subvenir aux besoins



(see Rogerson, at p. 64). It is also a problem in cases where one parent actually incurs a higher share of the costs than the other (taking responsibility for clothing or activities for instance). I would also note that the 40 percent threshold itself should be irrelevant to this evaluation; the cliff effect is not merely a result of the threshold; it is a result of the different methodology.

The Court of Appeal (as well as the father) summarized a number of applications of the set-off approach adopted by Canadian courts (see *Fletcher v. Keilty* (2004), 269 N.B.R. (2d) 302, 2004 NBCA 34; *Slade v. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean v. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill v. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot v. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis v. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie v. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782 (C.A.); *Green v. Green*; *Berry v. Hart*; *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke v. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni v. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; see also *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines* (2002), vol. 2, at pp. 68-70; J. C. MacDonald and A. C. Wilton, *Child Support Guidelines: Law and Practice* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 9-11 to 9-16).

The three main applications of the set-off formula adopted by the courts are:

1. Simple (or straight) set-off: The support payment is calculated by determining the Table amount for each of the parents as though each was seeking child support from the other. The amount payable is the difference between the two amounts (see, e.g., *Middleton v.*

de l'enfant, d'autant plus que de nombreux coûts sont fixes. Comme l'ont mentionné de nombreux observateurs, la question se pose dans bon nombre de cas où l'écart entre les revenus des parents est important (voir Rogerson, p. 64) et lorsqu'un parent engage dans les faits une plus grande part des dépenses pour l'enfant (en prenant à sa charge ses vêtements ou ses activités, par exemple). Je signale par ailleurs que le seuil de 40 p. 100 n'est pas pertinent à cet égard; l'effet « chute brutale » ne résulte pas seulement de l'application de ce seuil, mais de l'emploi d'une méthode différente.

La Cour d'appel (tout comme le père) a résumé un certain nombre de décisions où les tribunaux canadiens ont appliqué la méthode fondée sur la compensation (voir *Fletcher c. Keilty* (2004), 269 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 302, 2004 NBCA 34; *Slade c. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean c. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill c. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot c. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis c. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie c. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782 (C.A.); *Green c. Green*; *Berry c. Hart*; *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke c. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni c. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; voir également *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (2002), vol. 2, p. 73-75; J. C. MacDonald et A. C. Wilton, *Child Support Guidelines : Law and Practice* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 9-11 à 9-16).

Voici les trois principales méthodes fondées sur la compensation qu'ont retenues les tribunaux canadiens :

1. Compensation simple : Le montant de la pension alimentaire correspond à la différence entre les montants qui figurent dans la table pour les parents, comme si chacun d'eux demandait une pension alimentaire pour enfants (voir, p. ex., *Middleton c.*

42

43

*MacPherson* (1997), 204 A.R. 37 (Q.B.); *Luedke v. Luedke*).

2. Pro-rated set-off: The Table amount for each of the parents is reduced by the percentage of time the child spends with each parent. The recipient parent's amount of time with the children is multiplied by the payor's Guidelines amount and the payor parent's amount of time with the children is multiplied by the recipient parent's Guidelines amount. These two pro-rated amounts are then set-off against one another (see, e.g., *Moran v. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352 (Ont. S.C.J.); *Harrison v. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321 (Ont. S.C.J.); *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*). A variation of this approach is the "straight pro-rate" which takes the percentage of time the recipient parent has custody of the children multiplied by the Guidelines amount for the payor parent.

3. Set-off plus multiplier: The set-off amount (simple set-off or pro-rated set-off) is increased by a multiplier (usually 1.5), based on the assumption that a portion of the recipient parent's costs are fixed, and therefore, unaffected by the increased time the child spends with the other parent.

*MacPherson* (1997), 204 A.R. 37 (B.R.); *Luedke c. Luedke*).

2. Compensation au prorata : Pour chacun des parents, le montant figurant dans la table est réduit en fonction du temps passé avec l'enfant. Le temps que le parent créancier passe avec l'enfant est ensuite multiplié par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent débiteur et le temps passé par ce dernier avec l'enfant est multiplié par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent créancier. L'on établit ensuite la différence entre les deux montants obtenus (voir, p. ex., *Moran c. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352 (C.S.J. Ont.); *Harrison c. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321 (C.S.J. Ont.); *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)*). Une variante de cette méthode est la compensation [TRADUCTION] « stricte au prorata », qui consiste à multiplier le pourcentage du temps où le parent créancier a la garde de l'enfant par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent débiteur.

3. Compensation avec multiplicateur : Le montant obtenu à l'issue de la compensation (simple ou au prorata) est majoré à l'aide d'un multiplicateur (habituellement 1,5), suivant l'hypothèse qu'une partie des coûts du parent créancier sont fixes et demeurent donc inchangés même si l'enfant passe plus de temps avec l'autre parent.

44

I agree with the father and the Court of Appeal that the simple set-off is preferable to the pro-rated set-off as a starting point for the s. 9 analysis in view of the language used by the legislator in para. (a). The pro-rated set-off was criticized by a number of scholars and courts, including the Court of Appeal in the case at bar, who refused to apply it as it disproportionately impacts on the lower income spouse (see *Green v. Green*, at para. 32). Professor Rogerson, at pp. 74-75, explains the "cliff effect" created by this approach:

The method of pro-rating the table amounts to reflect custodial time that was adopted in *Hunter*, and

Je conviens avec le père et la Cour d'appel que la méthode de la compensation simple offre un meilleur point de départ que celle de la compensation au prorata pour l'analyse que commande l'art. 9, compte tenu du libellé de l'al. 9a). Nombre d'auteurs et de cours de justice, y compris la Cour d'appel en l'espèce, ont critiqué la compensation au prorata et déploré son incidence disproportionnée sur le parent moins fortuné (voir *Green c. Green*, par. 32). La professeure Rogerson explique l'effet « chute brutale » associé à cette méthode (p. 74-75) :

[TRADUCTION] Adoptée dans *Hunter* et retenue par le législateur dans certains États américains au nombre des

which has been legislated as part of the shared custody formulas in some American jurisdictions, creates what commentators have called the “cliff” problem. A 1% increase in access, from 39% to 40%, can result in a 40% decrease in the table amount of support to be paid. This is both a conceptual and a practical problem. On the conceptual level, in a sole custody situation, the full table amount is paid even though the custodial parent may have the child only 61% of the time, and the access parent may have the child the remaining 39% of the time. It seems illogical that as a result of a 1% increase in access by the other parent, which allows him or her to reach the shared custody threshold, the custodial parent should be deprived of support for the full 40% of the time the child spends with the other parent. On a practical level, the “cliff” effect will make a custodial parent reluctant to allow an access parent even small amounts of extra time because they will carry such dramatic financial consequences.

I will address the problems related to the multiplier later in these reasons.

However, even the simple set-off is incomplete. The Court of Appeal was of the view that it is based on certain underlying assumptions and that it will need to be revised in accordance with paras. (b) and (c) in cases where these assumptions do not accord with the reality of shared custody:

- (1) The Table amount is the maximum that a parent with that income can [presumably] afford to pay for support (apart from extraordinary expenses);
- (2) The ordinary needs of the child equal the Table amount;
- (3) The parents each spend an equal amount for the care of the child; and
- (4) The child’s needs are reduced by virtue of a shared custody arrangement on a dollar for dollar basis. [para. 67]

I have not been able to identify the source of these assumptions. With respect, I would question whether the Table amount is the maximum that a parent can afford. I would rather think it is the average expenditure of parents with the referable income (see notes 5 and 6 of Schedule I of the Guidelines).

formules applicables en cas de garde partagée, la méthode de la compensation au prorata, qui consiste à réduire le montant prévu dans la table en fonction de la garde exercée, crée ce que les observateurs ont appelé un problème de « chute brutale ». L’accroissement du droit d’accès de 1 p. 100 — de 39 à 40 p. 100 — peut faire diminuer de 40 p. 100 le montant de la pension alimentaire selon la table. Cela pose un problème sur les plans théorique et pratique. Sur le plan théorique, lorsque la garde est accordée à un seul parent, le plein montant prévu dans la table est versé même si ce parent ne s’occupe de l’enfant que 61 p. 100 du temps, et que l’autre exerce son droit d’accès le reste du temps (39 p. 100). Il paraît illogique que l’augmentation de 1 p. 100, qui permet de franchir le seuil minimum de la garde partagée, fasse perdre au parent gardien le droit à une pension alimentaire pour tout le temps (40 p. 100) que l’enfant passe avec l’autre parent. Sur le plan pratique, l’effet « chute brutale » rendra le parent gardien réticent à consentir au parent non gardien un supplément d’accès, aussi minime soit-il, par crainte qu’il n’en subisse d’aussi grandes conséquences.

J’aborderai plus loin les problèmes liés au multiplicateur.

Toutefois, même la compensation simple est insuffisante. La Cour d’appel a estimé qu’elle reposait sur certaines hypothèses et qu’elle devra être suivie de la prise en compte des facteurs prévus aux al. 9b) et c) lorsque ces hypothèses ne cadreront pas avec la réalité de la garde partagée :

[TRADUCTION]

- (1) le montant figurant dans la table représente le maximum que le parent gagnant ce revenu peut [vraisemblablement] payer pour l’enfant (sauf dépenses extraordinaires);
- (2) le montant figurant dans la table correspond aux besoins ordinaires de l’enfant;
- (3) les parents subviennent à parts égales aux besoins de l’enfant;
- (4) les besoins de l’enfant sont réduits dans la proportion où la garde est partagée. [par. 67]

Je n’ai pu déterminer l’origine de ces hypothèses. En toute déférence, je doute que le montant figurant dans la table corresponde au maximum qu’un parent peut payer. Je crois plutôt qu’il s’agit des dépenses moyennes des parents pour un revenu donné (se reporter aux notes 5 et 6 de l’annexe I

45

46

47

This would accord with the methodology for estimating Table amounts and be more consistent with the discretion given to order amounts higher than those found in the Table in special circumstances (see Guidelines, s. 4 and s. 9; also J. D. McLeod, “The Proposed Child Support Guideline Package: The Scope of Judicial Discretion”, in *Federal Child Support Guidelines: Reference Manual* (1997), p. F-27). The only possible source for the assumption that the Table amount is the maximum that a parent with the referable income can afford to pay for support, is contained in the 1997 research report of the Department of Justice Child Support Team entitled *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*. Under the heading “Underlying Principles and Assumptions”, the report states:

The objective of the formula that generates the child support tables is simply to find a means of calculating an amount to be transferred from the paying parent to the receiving parent. The transferred sum should maximise the amount available to be spent on the children while still allowing an adequate reserve for the self support of the paying parent. Several assumptions have been incorporated into the model. First, it is assumed that within the principal residence of the children, the parent and the children will share the same standard of living. A second assumption presumes that if the incomes of the parents are equal, it is fair and equitable that each should contribute equally to the financial support of the children, regardless of the extent of their contribution to the nurturing of the children. [Emphasis added; p. 1.]

I do not consider this statement to be particularly relevant, as maximising the amount available for the children is not the same as establishing Table amounts which indicate the maximum that a payor parent can afford to spend on child support. The first constitutes a general purpose, while the latter entails a specific methodology in calculating the Table amounts. In identifying the actual

des lignes directrices). Cette interprétation est en accord avec la méthode employée pour arriver aux montants figurant dans la table et elle est davantage compatible avec le pouvoir discrétionnaire d’ordonner leur majoration dans certaines circonstances particulières (voir les lignes directrices, art. 4 et 9; également, J. D. McLeod, « Le système proposé de Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire », dans *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel de référence sur les Lignes directrices fédérales* (1997), p. F-27). La seule origine possible de l’hypothèse voulant que le montant figurant dans la table représente le montant maximal de la pension alimentaire que peut payer le parent gagnant le revenu en cause se trouve dans le rapport de recherche établi en 1997 par l’Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants du ministère de la Justice et intitulé *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*. À la rubrique « Hypothèses et principes sous-jacents », le rapport précise ce qui suit :

La formule qui établit les montants de pension alimentaire à payer vise simplement à trouver un moyen de calculer un montant à transférer du parent payeur au parent receveur. Ce montant transféré devrait permettre d’obtenir le montant maximal à consacrer aux enfants, tout en laissant une réserve appropriée pour que le parent payeur puisse subvenir à ses besoins. Plusieurs hypothèses ont été intégrées dans le modèle. Premièrement, on suppose que dans la résidence principale des enfants, le parent receveur et les enfants auront le même niveau de vie. Selon une deuxième hypothèse, si les revenus de chacun des deux parents séparés sont égaux, il est juste et équitable que chacun contribue également au soutien financier des enfants, peu importe l’étendue de leur contribution aux soins dispensés aux enfants. [Je souligne; p. 1.]

Cet énoncé ne me paraît pas spécialement pertinent dans la mesure où permettre d’obtenir le montant maximal pour les enfants n’équivaut pas à prévoir dans la table le montant maximal de la pension alimentaire que le parent payeur peut verser pour eux. Dans le premier cas, il s’agit d’un objectif général, alors que le second suppose le recours à une méthode particulière pour calculer les

assumptions which were incorporated into the model used to generate the tables, the report does not state that the Table amounts were meant to indicate the maximum that a payor parent with the referable income can afford to spend on support.

I would also question the second assumption; in my view, the Table is not based on a consideration of specific needs of children, but on the average expenditure of parents and consideration of the ability to pay of parents (see McLeod, at pp. F-8 and F-9). The third assumption is easily accepted: the set-off assumes each parent has an equal share of variable expenses. This said, I do not think it is necessary to identify a situation contrary to that which would correspond to underlying assumptions in order to apply s. 9(b) and (c). What is important is that the set-off does not take into account actual spending patterns as they relate to variable costs or the fact that fixed costs of the recipient parent are not reduced by the increased spending of the payor parent.

Hence, the simple set-off serves as the starting point, but it cannot be the end of the inquiry. It has no presumptive value. Its true value is in bringing the court to focus first on the fact that both parents must make a contribution and that fixed and variable costs of each of them have to be measured before making adjustments to take into account increased costs attributable to joint custody and further adjustments needed to ensure that the final outcome is fair in light of the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and child for whom support is sought. *Full consideration* must be given to these last two factors (see Payne, at p. 263). The cliff effect is only resolved if the court covers and regards the other criteria set out in paras. (b) and (c) as equally important elements to determine the child support.

It should be noted here that the Table amounts are an estimate of the amount that is notionally being paid by the non-custodial parent; where

montants figurant dans la table. Lorsqu'il énumère les hypothèses intégrées dans le modèle pour créer les tables, le rapport ne dit pas que les montants sont censés correspondre au montant maximal de la pension alimentaire que peut verser le parent payeur gagnant le revenu en cause.

Je remets aussi en question la deuxième hypothèse. À mon sens, la table ne se fonde pas sur les besoins précis des enfants, mais bien sur les dépenses moyennes des parents et leur capacité de payer (voir McLeod, p. F-8 et F-9). La troisième hypothèse va de soi : une part égale des dépenses variables est attribuée à chacun des parents. Cela dit, je n'estime pas nécessaire de poser une situation contraire à celle correspondant aux hypothèses sous-jacentes pour appliquer les al. 9b) et c). L'important est que la compensation ne tient compte ni de la répartition réelle des dépenses variables ni du fait que les frais fixes du parent créancier ne diminuent pas lorsque le parent débiteur dépense davantage.

C'est pourquoi la compensation simple sert de point de départ à l'analyse, mais ne peut en être le point d'arrivée. Elle n'établit pas de présomption. Elle permet en fait au tribunal de mettre d'abord l'accent sur l'obligation des deux parents de contribuer et sur la nécessité de déterminer les frais fixes et variables de chacun avant de rajuster le montant pour tenir compte du coût plus élevé de la garde partagée et de le modifier par ailleurs pour faire en sorte que le résultat final soit juste au regard des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée. Les deux derniers facteurs doivent être *dûment pris en considération* (voir Payne, p. 263). Le risque de chute brutale ne peut être écarté que si le tribunal considère les autres facteurs énoncés aux al. 9b) et c) aussi importants dans la détermination du montant de la pension alimentaire pour enfants.

Il importe de signaler que le montant figurant dans la table est une estimation de ce que verse théoriquement le parent non gardien. Lorsque les

48

49

50

both parents are making an effective contribution, it is therefore necessary to verify how their actual contribution compares to the Table amount that is provided for each of them when considered payor parents. This will provide the judge with better insight when deciding whether the adjustments to be made to the set-off amount are based on the actual sharing of child-related expenses.

51

This is where discretion comes into play. The court retains the discretion to modify the set-off amount where, considering the financial realities of the parents, it would lead to a significant variation in the standard of living experienced by the children as they move from one household to another, something which Parliament did not intend. As I said in *Francis v. Baker*, one of the overall objectives of the Guidelines is, to the extent possible, to avoid great disparities between households. It is also necessary to compare the situation of the parents while living under one roof with the situation that avails for each of them when the order pursuant to s. 9 is sought. As far as possible, the child should not suffer a noticeable decline in his or her standard of living. Still, it is not a discretion that is meant to set aside all rules and predictability. The court must not return to a time when there was no real method for determining child support (*Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.)).

#### 2.2.2 Section 9(b) — Increased Costs of Shared Custody Arrangements

52

What should the courts examine under this heading? Section 9(b) does not refer merely to the expenses assumed by the payor parent as a result of the increase in access time from less than 40 percent to more than 40 percent, as argued in this Court. This cannot be for at least two reasons. First, it would be irreconcilable with the fact that some applications under s. 9 are not meant to obtain a variation of a support order, but constitute a first order (see *Payne*, at p. 261). Second, as mentioned earlier, the Table amounts in the Guidelines do not assume that the payor parent pays for the housing, food, or any other expense for the child. The Tables are based on the amount needed to provide

deux parents contribuent, il faut donc confronter leur contribution respective avec ce que prévoit la table pour chacun d'eux à titre de parent débiteur. Le juge peut alors mieux décider si le rajustement qui doit être apporté au montant issu de la compensation se fonde sur le partage réel des dépenses liées à l'enfant.

C'est à cette étape que le pouvoir discrétionnaire entre en jeu. Le tribunal peut modifier le montant issu de la compensation lorsque, en raison de la situation financière réelle des parents, il en résulterait un changement important du niveau de vie de l'enfant chaque fois qu'il passerait d'un ménage à l'autre, ce que n'a pas voulu le législateur. Comme je l'ai dit dans *Francis c. Baker*, l'un des objectifs généraux des lignes directrices est d'éviter le plus possible une grande disparité entre les ménages. Il faut aussi comparer la situation des parents tandis qu'ils partageaient le même toit à celle de chacun d'eux lorsqu'est demandée l'ordonnance visée à l'art. 9. Autant que possible, l'enfant ne doit subir aucune diminution sensible de son niveau de vie. Néanmoins, ce pouvoir discrétionnaire ne vise pas à écarter toutes les règles et la prévisibilité. Le tribunal ne doit pas retourner à l'époque où aucune méthode ne permettait véritablement de calculer la pension alimentaire pour enfants (*Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.)).

#### 2.2.2 L'alinéa 9b) — Les coûts plus élevés associés à la garde partagée

Quels éléments le tribunal doit-il examiner sous cette rubrique? L'alinéa 9b) ne vise pas seulement les dépenses que le parent débiteur doit assumer du fait que son droit d'accès passe de moins de 40 p. 100 à plus de 40 p. 100, comme on l'a fait valoir devant notre Cour. Cela ne saurait être le cas pour deux raisons. Premièrement, une telle interprétation serait inconciliable avec le fait que l'objet de certaines demandes fondées sur l'art. 9 n'est pas la modification de l'ordonnance alimentaire, mais l'obtention d'une ordonnance initiale (voir *Payne*, p. 261). Deuxièmement, je le répète, les montants figurant dans les tables pour l'application des lignes directrices ne supposent pas que

a reasonable standard of living for a single custodial parent (see *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*, at p. 2). This Court cannot be blind to this reality and must simply conclude that s. 9(b) recognizes that the *total cost* of raising children in shared custody situations may be greater than in situations where there is sole custody: *Slade v. Slade*, at para. 17; see also Colman, at pp. 71-74; Wensley, at pp. 83-85. Consequently, *all* of the payor parent's costs should be considered under s. 9(b). This does not mean that the payor parent is in effect spending more money on the child than he or she was before shared custody was accomplished. As I discuss later in these reasons, it means that the court will generally be called upon to examine the budgets and actual expenditures of both parents in addressing the needs of the children and to determine whether shared custody has in effect resulted in increased costs globally. Increased costs would normally result from duplication resulting from the fact that the child is effectively being given two homes.

A change in the actual amount of time a payor parent spends with a child will therefore give rise under s. 9(b) to an inquiry in order to determine what are, in effect, the additional costs incurred by the payor as a result of the change in the custodial arrangement. I say this because not all increases in costs will result directly from the actual amount of time spent with the child. One parent can simply assume a larger share of responsibilities, for school supplies or sports activities for example. For these reasons, the court will be called upon to examine the budgets and actual child care expenses of each parent. These expenses will be apportioned between the parents in accordance with their respective incomes.

### 2.2.3 Section 9(c) — Conditions, Means, Needs and Other Circumstances

It is clear then that not every dollar spent by a parent in exercising access over the 40 percent

le parent débiteur prend à sa charge les dépenses de l'enfant (logement, nourriture, etc.). Les tables sont plutôt établies en fonction de ce qui est nécessaire pour garantir un niveau de vie convenable à un parent gardien célibataire (voir *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*, p. 2). Notre Cour ne peut en faire abstraction et doit simplement conclure que l'al. 9b) reconnaît que le *coût total* de l'éducation d'un enfant peut être plus élevé dans le cadre d'une garde partagée que dans celui d'une garde exclusive : *Slade c. Slade*, par. 17; voir également Colman, p. 71-74; Wensley, p. 83-85. Par conséquent, *tous* les frais du parent débiteur doivent être considérés pour l'application de l'al. 9b). Cela ne veut pas dire qu'il dépense effectivement plus qu'avant pour l'enfant, mais que le tribunal sera généralement appelé à examiner les budgets et les dépenses réelles des deux parents pour l'enfant et à décider si la garde conjointe a eu pour effet d'accroître globalement les coûts. J'y reviendrai. L'accroissement des coûts résulte normalement du fait que l'enfant a deux foyers et du doublement des dépenses qui s'ensuit.

La modification du temps que le parent débiteur passe avec l'enfant donnera donc lieu à un examen fondé sur l'al. 9b) pour déterminer quels sont les frais supplémentaires réels supportés en raison des nouvelles modalités de garde. Je le précise, car tout accroissement des coûts ne résultera pas directement de la modification du temps réel passé avec l'enfant. Un parent peut tout simplement prendre à sa charge une plus grande part des dépenses, celles liées aux fournitures scolaires et aux activités sportives par exemple. C'est pourquoi le tribunal sera appelé à examiner les budgets des parents et leurs dépenses réelles pour l'enfant. Ces dépenses seront réparties en fonction de leurs revenus respectifs.

### 2.2.3 L'alinéa 9c) — Les ressources, les besoins et, d'une façon générale, la situation de chaque époux et de tout enfant

Il est donc clair que toute somme dépensée par un parent dans l'exercice de son droit d'accès

threshold results in a dollar saved by the recipient parent: *Green v. Green*, at para. 27. Professor Rogerson refers to this at pp. 20-21:

On the other hand, allowing such an adjustment raises many concerns. Increased time spent with a child does not necessarily entail increased spending on the child. Furthermore, dollars spent by an access or secondary custodial parent do not necessarily translate into a dollar for dollar reduction in expenditures by the primary custodial parent, many of whose major child-related costs are fixed — such as housing and transportation; any savings will typically be only with respect to a small category of expenditures for food and entertainment. Particularly in cases where there is a significant disparity in income between the parents, reductions in the basic amount of child support may undermine a lower-income custodial parent's ability to make adequate provision for the child or children, and will certainly exacerbate the differences in standard of living between the two parental homes.

Indeed, irrespective of the residential arrangement, it is possible to presume, in the absence of evidence to the contrary, that the recipient parent's fixed costs have remained unchanged and that his or her variable costs have been reduced only modestly by the increased access. Thus, when no evidence is adduced, the court should recognize the *status quo* regarding the recipient parent.

55 The analysis should be contextual and remain focussed on the particular facts of each case. For example, an application that represents a variation of a prior support arrangement, will usually raise different considerations from a s. 9 application where no prior order or agreement exists. In the former case, the recipient parent, when he or she first got custody, may have validly incurred expenses based on legitimate expectations about how much child support would be provided. These expenses should be taken into consideration and a court should have proper regard to the fixed costs of the recipient parent.

56 Moreover, as asserted by Prowse J.A. in *Green v. Green*, at para. 35, it is important that the parties lead evidence relating to s. 9(b) and (c). This evidence has often been lacking, with the result that

au-delà du seuil de 40 p. 100 ne se traduit pas par une économie équivalente pour le parent créancier : *Green c. Green*, par. 27. Dans son article, la professeure Rogerson aborde cette question (p. 20-21) :

[TRADUCTION] Par contre, autoriser un tel rajustement suscite de nombreuses craintes. Passer plus de temps avec l'enfant ne veut pas nécessairement dire dépenser plus pour lui. En outre, les dépenses engagées par le parent bénéficiant d'un droit d'accès ou le parent dont le temps de garde est moins élevé ne se traduisent pas nécessairement par la diminution proportionnelle des dépenses de l'autre parent, dont la majeure partie des coûts importants liés à l'enfant sont souvent fixes (logement, transport, etc.). En général, l'économie ne touche que quelques dépenses de nourriture et de divertissement. Spécialement lorsque l'écart est important entre les revenus des parents, la réduction du montant de base de la pension alimentaire pour enfants peut nuire à la capacité du parent gardien moins fortuné de subvenir adéquatement aux besoins de l'enfant, et elle exacerbera certainement la disparité entre les niveaux de vie des deux ménages.

En effet, quelles que soient les modalités de garde, on peut présumer, faute de preuve contraire, que les coûts fixes du parent créancier n'ont pas diminué et que le droit d'accès accru n'a entraîné qu'un léger fléchissement de ses coûts variables. Par conséquent, le tribunal qui n'est saisi d'aucune preuve contraire doit reconnaître que la situation du parent créancier n'a pas changé.

L'analyse doit être contextuelle et porter essentiellement sur les faits de l'espèce. Par exemple, la demande visant la modification d'une pension alimentaire déjà convenue ou accordée soulèvera habituellement d'autres considérations qu'une demande présentée en application de l'art. 9 en l'absence de toute ordonnance antérieure. Dans le premier cas, lorsqu'il a obtenu la garde, le parent créancier a pu engager des dépenses légitimes au regard de la pension alimentaire qui devait lui être versée. Ces dépenses doivent être prises en compte, et le tribunal doit prêter attention aux coûts fixes du parent créancier.

Par ailleurs, comme l'a affirmé la juge Prowse dans *Green c. Green*, au par. 35, il importe que les parties présentent une preuve relativement aux al. 9b) et c). Cette preuve a souvent fait défaut, si bien



the courts have been forced either to make assumptions about increased costs (as was done by the Court of Appeal in the present case), or to dismiss the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation.

In my opinion, courts should demand information from the parties when it is deficient. Three main options have been discussed and applied by appellate courts:

- (1) Rely on the parties' financial statements and child expense budgets which provide a fairly reliable source of information;
- (2) Adjourn the motion to provide additional evidence (see, e.g., *Cabot v. Mikkelson*, at para. 43);
- (3) Make "common sense" assumptions about costs incurred by the payor parent and apply a multiplier to account for the fixed costs of the recipient parent.

The third option is not acceptable, as I will explain below.

In the present case, the Court of Appeal relied on "common sense" assumptions. The Court found that the father must have incurred additional variable costs for such items as food and entertainment. The Court of Appeal should have considered the total additional costs attributable to the situation of shared custody under s. 9(b), the evidence adduced permitting this, and should not have simply assumed what more additional costs would be.

The Court of Appeal also resorted to the multiplier. The assumption behind the multiplier is that 50 percent of the recipient parent's costs are fixed and, therefore, unaffected by the time the children spend with the payor parent. The multiplier operates to obviate the necessity of the parties calling evidence of the increased costs associated with children living for substantial periods of time in two households. While this formula takes into

que les tribunaux ont dû s'en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés (comme la Cour d'appel en l'espèce) ou rejeter pour absence de fondement la demande s'appuyant sur l'art. 9.

À mon avis, le tribunal doit exiger des parties qu'elles fournissent des éléments de preuve suffisants. Les cours d'appel ont analysé et appliqué trois options principales :

- (1) l'utilisation des états financiers des parties et de leurs budgets de dépenses pour l'enfant, qui constituent une source de renseignements assez fiable;
- (2) l'ajournement de la requête afin que la preuve puisse être complétée (voir, p. ex., *Cabot c. Mikkelson*, par. 43);
- (3) la formulation d'hypothèses « logiques » concernant les sommes engagées par le parent débiteur et l'application d'un multiplicateur pour tenir compte des coûts fixes du parent créancier.

Comme je l'explique ci-après, la troisième option n'est pas acceptable.

En l'espèce, la Cour d'appel a supposé logiquement que le père avait dû supporter des coûts variables supplémentaires, notamment pour la nourriture et le divertissement. Elle aurait dû considérer le total des coûts supplémentaires imputables à la garde partagée au sens de l'al. 9b), la preuve versée au dossier permettant de le faire, et ne pas s'en remettre simplement à des conjectures pour évaluer les coûts supplémentaires.

La Cour d'appel a également eu recours à un multiplicateur qui suppose que 50 p. 100 des coûts du parent créancier sont fixes et, partant, demeurent inchangés quel que soit le temps que l'enfant passe avec le parent débiteur. Le multiplicateur soustrait les parties à l'obligation de prouver les coûts plus élevés associés à l'existence de deux ménages au sein desquels l'enfant passe de longues périodes. Cette formule tient compte des coûts plus élevés

57

58

59

consideration the increased costs of shared custody, it does so in a somewhat inflexible fashion: *Green v. Green*, at para. 33.

60 In the opinion of the appellate court, the use of such a method recognizes the concerns raised by the commentators and the courts that dollars spent on increased access or shared custody do not necessarily lead to a reduction in expenditures for the recipient parent. The use of a multiplier also furthers two of the objectives of the Guidelines, predictability and consistency, in calculating support. According to the Court of Appeal, used with discretion, a multiplier can provide a mechanism for recognizing the relative inflexibility of some of the recipient parent's costs. In the absence of evidence concerning fixed costs of the recipient parent, the most common multiplier is 50 percent, which is applied to the set-off amount. The amount of the multiplier ought, however, according to the Court of Appeal, to be adjusted depending on the circumstances.

61 The father argues that, as currently drafted, the Guidelines do not support the use of a multiplier. He submits that while it may be correctly assumed that there are increased costs associated with a shared custody arrangement, it is not possible to simply assume the amount of that increase. I agree.

62 Multipliers are controversial in the jurisprudence and commentaries. They have been characterized as unfair and discriminatory (Wensley, at pp. 83-85; Colman, at p. 77). One cannot help observing that, in the case at bar, the Court of Appeal applied a multiplier to account for the fixed costs of the mother, but it required the father to prove his additional or increased costs of custody. There is no basis for such asymmetrical treatment of each parent's fixed and duplicated housing costs: D. A. R. Thompson, "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*" (2004), 42 R.F.L. (5th) 326, at p. 331. In fact, it seemingly ignores the fact that the initial set-off takes into account the fixed costs of both parents.

associés à la garde partagée, mais d'une manière quelque peu rigide : *Green c. Green*, par. 33.

Selon la Cour d'appel, l'emploi d'une telle méthode donne suite aux mises en garde des auteurs et des cours de justice selon lesquelles les dépenses occasionnées par un droit d'accès accru ou une garde partagée ne se traduisent pas nécessairement par la diminution des dépenses du parent créancier. Le recours à un multiplicateur permet également d'atteindre deux objectifs des lignes directrices, la prévisibilité et l'uniformité, dans la détermination de l'ordonnance alimentaire. Employé avec circonspection, le multiplicateur, selon la Cour d'appel, offre un moyen de reconnaître l'incompressibilité relative de certains coûts du parent créancier. Faute de preuve concernant les coûts fixes du parent créancier, le multiplicateur le plus courant — 50 p. 100 — est appliqué au montant issu de la compensation. Pour la Cour d'appel, le multiplicateur doit cependant être rajusté en fonction de la situation.

Le père soutient que le libellé actuel des lignes directrices ne justifie pas l'emploi d'un multiplicateur. Il prétend qu'on peut à juste titre supposer que des coûts plus élevés sont associés à la garde partagée, mais qu'on ne saurait mesurer l'accroissement au moyen d'une simple conjecture. Je suis d'accord.

Le recours à des multiplicateurs ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence et la doctrine. On l'a qualifié d'injuste et de discriminatoire (Wensley, p. 83-85; Colman, p. 77). Il appert en l'espèce que la Cour d'appel a appliqué un multiplicateur pour tenir compte des coûts fixes de la mère, mais qu'elle a exigé du père qu'il prouve ses frais de garde supplémentaires ou accrus. Rien ne justifie un tel traitement asymétrique des frais de logement fixes de chacun des parents et du doublement de ces frais : D. A. R. Thompson, « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* » (2004), 42 R.F.L. (5th) 326, p. 331. À vrai dire, il fait apparemment abstraction de la prise en compte des frais fixes des deux parents lors de la compensation initiale.

The British Columbia Court of Appeal commented on the use of a multiplier in *Green v. Green*, at para. 35 and concluded to its inapplicability:

In order to apply s. 9 however, it is important that the parties lead evidence relating to s. 9(b) and (c); that is, of “the increased costs of shared custody arrangements” and “the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse [parent] and of any child for whom support is sought”. This evidence has often been lacking, with the result that the courts have been forced either to make assumptions about increased costs, or to refuse the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation. The latter option is particularly unsatisfactory in cases of in-person litigants who often have little idea about the nature of the evidence which is required. A carefully crafted, standard form, “fill-in-the-blanks” affidavit attached to the Guidelines may be of some assistance in that regard. Having said that, I recognize that it is not always easy for an access parent to demonstrate precisely what costs have increased as a result of increased access, and by how much. That problem highlights the attraction for some of a multiplier approach, since it has the benefit of simplicity and ease of application for in-person litigants, in particular. In the American jurisdictions which use a multiplier, it is incorporated into the relevant child support guidelines. I do not interpret our Guidelines, as currently drafted, as justifying such an approach. [Emphasis added.]

In *Slade v. Slade*, at para. 19, the Newfoundland Court of Appeal also considered the application of a multiplier:

There are other approaches. For example, a multiplier of 1.5 has been applied to the set-off figure on the assumption that 50% of the custodial parent’s costs are fixed and therefore unaffected by the time the children are with the other parent. The multiplier is commonly used in United States jurisdictions which have sought to avoid the necessity of calling evidence of actual increased costs associated with shared custody. Section 9 would indicate that in Canada the examination of the actual circumstances was chosen as the appropriate method. However, as Justice Prowse said in *Green*: “This evidence has often been lacking, with the result that the courts have been forced either to make assumptions about increased costs, or to refuse the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation” (para. 35). Justice Prowse indicated that she did not view s. 9 as justifying the multiplier approach. However, she was

Dans *Green c. Green*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique s’est prononcée sur l’emploi d’un multiplicateur et a conclu qu’il était exclu (par. 35) :

[TRADUCTION] Cependant, pour appliquer l’art. 9, il importe que les parties présentent des éléments de preuve relativement aux al. 9b) et c), savoir « [I]es coûts plus élevés associés à la garde partagée » et « [I]es ressources, [I]es besoins et, d’une façon générale, [la] situation de chaque époux [parent] et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ». Cette preuve a souvent fait défaut, si bien que les tribunaux ont dû s’en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés ou rejeter la demande pour absence de fondement. Cette dernière issue est particulièrement insatisfaisante dans le cas où la partie n’est pas représentée par avocat et a souvent peine à concevoir la preuve requise. D’où l’opportunité de joindre aux lignes directrices un affidavit type soigneusement conçu et qu’il suffirait de remplir. Cela dit, je reconnais qu’il n’est pas toujours facile à un parent de préciser quels coûts ont augmenté en raison de l’accroissement de son droit d’accès, et dans quelle proportion. Cette difficulté explique l’intérêt que certains portent à l’emploi d’un multiplicateur, cette méthode étant simple et facile d’application, spécialement pour une partie non représentée par avocat. Dans les États américains où il est employé, le multiplicateur est intégré aux lignes directrices applicables aux pensions alimentaires pour enfants. À mon sens, le libellé actuel des lignes directrices ne justifie pas son emploi. [Je souligne.]

Dans *Slade c. Slade*, la Cour d’appel de Terre-Neuve s’est également penchée sur l’utilisation d’un multiplicateur (par. 19) :

[TRADUCTION] D’autres méthodes existent. À l’issue de la compensation, on a utilisé un multiplicateur de 1,5 en supposant que 50 p. 100 des coûts du parent ayant la garde étaient fixes et demeuraient donc les mêmes indépendamment du temps que l’enfant passait avec l’autre parent. Le recours à un multiplicateur est courant dans les États américains qui ont voulu soustraire les parties à l’obligation de faire la preuve des coûts plus élevés associés à la garde partagée. L’article 9 donne à penser que, au Canada, la bonne méthode consiste à tenir compte de la situation réelle. Toutefois, comme l’a dit la juge Prowse dans *Green*, “cette preuve a souvent fait défaut, si bien que les tribunaux ont dû s’en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés ou rejeter la demande pour absence de fondement” (par. 35). Elle a ajouté que l’art. 9 ne justifiait pas le recours à un multiplicateur. Cependant, elle ne

unwilling to say that there was only one approach possible under the section. The multiplier has been used in a number of cases in this Province and, to be frank, when specific evidence regarding the increased cost of shared custody is not before the trial judge the multiplier would appear to be a method of providing rough justice; though I would agree with Justice Prowse, the research to support the multiplier of 1.5 has not been done in Canada. [Emphasis added.]

65 D. A. R. Thompson in his Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*, 2004 CarswellBC 1157, highlights some of the more egregious problems related with the use of a multiplier:

The problems with the *Contino* analysis are entirely in steps (2) and (3). A multiplier for increased costs is already built into the straight set-off. Multipliers are not needed so long as you steer clear of any use of the pro-rated set-off, as the Ontario Court of Appeal directed (unlike the B.C. Court of Appeal). A multiplier on top of a straight set-off of Table amounts is clearly double-counting. The *Contino* court's use of actual spending under the third step leads to further double-counting — possibly even some triple-counting — of expenses for children.

See also Thompson, "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*", at pp. 329-31.

66 M. S. Melli in "Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents" (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219, at p. 232, observes that the multiplier is an instrument that may be difficult to use given its consequences:

. . . using a multiplier on the child support amount also has the effect of producing a lesser reduction in the payment by the nonresidential parent. When that parent is the lower income parent, the result may be as detrimental to the child as a decrease to the other parent. Furthermore, the principal costs of shared time, the duplication of facilities are borne by the nonresidential parent. Some of these costs are already factored into the child support formula as costs of visitation. To increase the child support award across the board to both parents makes the nonresidential parent pay twice for certain costs and seem structured to discourage time sharing by

s'est pas montrée disposée à n'admettre qu'une seule méthode sous le régime de cette disposition. Les tribunaux de la province ont employé le multiplicateur dans bon nombre d'affaires et, en toute honnêteté, lorsque le juge de première instance n'est pas saisi d'éléments de preuve précis concernant les coûts plus élevés associés à la garde partagée, il semble que le multiplicateur assure une certaine justice, bien que je sois d'accord avec la juge Prowse que, au Canada, aucune recherche n'a encore justifié l'emploi du multiplicateur de 1,5. [Je souligne.]

Dans son commentaire de l'arrêt *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)*, 2004 CarswellBC 1157, D. A. R. Thompson a fait ressortir quelques-uns des problèmes les plus graves liés à l'emploi d'un multiplicateur :

[TRADUCTION] Les problèmes que pose l'analyse retenue dans *Contino* se manifestent tous aux étapes (2) et (3). La compensation simple englobe déjà un multiplicateur pour les coûts plus élevés. Les multiplicateurs sont superflus dès qu'on s'abstient de recourir à la compensation au prorata, comme l'a ordonné la Cour d'appel de l'Ontario (contrairement à la Cour d'appel de la C.-B.). Appliquer un multiplicateur en sus de la compensation simple équivaut clairement à une double prise en compte. Dans *Contino*, la décision de la Cour d'appel de tenir compte des dépenses réelles à la troisième étape mène à une autre prise en compte double — voire triple — des dépenses liées à l'enfant.

Voir également Thompson, « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* », p. 329-331.

Dans son article intitulé « Guideline Review : Child Support and Time Sharing by Parents » (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219, M. S. Melli fait observer que l'emploi d'un multiplicateur peut, en raison de ses conséquences, être difficile (p. 232) :

[TRADUCTION] . . . le recours à un multiplicateur pour calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants emporte également une moins grande diminution du montant exigible du parent qui n'habite pas avec l'enfant. Lorsque ce parent touche le revenu le moins élevé, le résultat peut être aussi préjudiciable pour l'enfant que ne le serait une diminution pour l'autre parent. En outre, les principaux coûts de la garde partagée, les aménagements doubles, sont supportés par le parent qui n'habite pas avec l'enfant. Certains de ces coûts sont déjà pris en considération dans le calcul du montant de la pension alimentaire pour enfants (coûts liés au droit

parents. For these reasons, guideline reviewers should investigate carefully proposals to use a multiplier.

It is of primary importance to note that, so far, the research to support the multiplier of 1.5, or any other multiplier for that matter, has not been done in Canada: *Slade v. Slade*, at para. 19. Even the Department of Justice in its *Children Come First* Report, does not recommend the use of a multiplier in the absence of available research in Canada to show how much shared custody increases cost: “Without empirical evidence on the relative proportion of fixed and ‘shiftable’ costs, the Department of Justice cannot support the use of a multiplier as a presumption in shared custody cases” (p. 74).

Section 9(c) vests the court a broad discretion for conducting an analysis of the resources and needs of both the parents and the children. As mentioned earlier, this suggests that the Table amounts used in the simple set-off are not presumptively applicable and that the assumptions they hold must be verified against the facts, since all three factors must be applied. Here again, it will be important to keep in mind the objectives of the Guidelines mentioned earlier, requiring a fair standard of support for the child and fair contributions from both parents. The court will be especially concerned here with the standard of living of the child in each household and the ability of each parent to absorb the costs required to maintain the appropriate standard of living in the circumstances.

The Court of Appeal enumerates a number of factors to be considered under this subsection:

1. Actual spending patterns of the parents;

de visite). La hausse générale du montant de l’ordonnance alimentaire à l’égard des deux parents oblige le parent qui n’habite pas avec l’enfant à payer certains coûts deux fois et semble conçue pour décourager les parents à se partager la garde de l’enfant. C’est pourquoi les personnes chargées de la révision des lignes directrices devraient examiner attentivement les propositions favorables à l’emploi d’un multiplicateur.

L’on ne saurait trop insister sur le fait que, à ce jour, au Canada, aucune recherche n’a justifié l’emploi d’un multiplicateur de 1,5 ou de tout autre multiplicateur : *Slade c. Slade*, par. 19. Même le ministère de la Justice ne recommande pas l’utilisation d’un multiplicateur au motif qu’aucune étude au Canada ne permet actuellement d’évaluer l’augmentation des coûts due à la garde partagée : « [f]aute de preuves empiriques quant à la proportion relative des coûts fixes et des coûts “variables”, le ministère de la Justice ne peut favoriser l’utilisation d’un multiplicateur à titre de formule générale dans les cas de garde partagée » : *Les enfants d’abord*, p. 79.

L’alinéa 9c) confère au tribunal le vaste pouvoir discrétionnaire d’examiner les ressources et les besoins à la fois des parents et des enfants. Il s’ensuit, je le rappelle, que l’application des montants figurant dans la table et à partir desquels la compensation simple est effectuée ne saurait donc être présumée et qu’il faut s’assurer de la véracité des hypothèses qui sous-tendent ces montants au regard des faits, puisque les trois facteurs doivent être appliqués. À nouveau, il importe de garder présents à l’esprit les objectifs des lignes directrices énoncés précédemment — normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants et juste contribution de chacun des parents. Dans la présente affaire, notre Cour se souciera particulièrement du niveau de vie de l’enfant dans chacun des ménages et de la capacité de chacun des parents de supporter le coût du maintien du niveau de vie voulu dans les circonstances.

La Cour d’appel énumère un certain nombre de facteurs à prendre en compte pour l’application de cet alinéa :

1. les habitudes de dépenses réelles des parents;

67

68

69

- |    |  |    |  |
|----|--|----|--|
| 2. | Ability of each parent to bear the increased costs of shared custody (which entails consideration of assets, liabilities, income levels and income disparities); and | 2. | la capacité de chacun d'eux de supporter les coûts plus élevés de la garde partagée (ce qui suppose l'examen de l'actif et du passif, ainsi que des revenus et de leur disparité); |
| 3. | Standard of living for the children in each household.   | 3. | le niveau de vie de l'enfant dans chacun des ménages.  |

70 The actual spending patterns of the parents have already been considered under s. 9(b). These factors are helpful, the last one being particularly useful for the exercise of discretion in a predictable manner. As I indicated above, financial statements and/or child expenses budgets are necessary for a proper evaluation of s. 9(c).

Les habitudes de dépenses réelles des parents ont déjà été prises en considération à l'al. 9b). Ces facteurs sont utiles, le dernier favorisant tout particulièrement l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une manière prévisible. Je rappelle que les états financiers ou les budgets des dépenses pour l'enfant, ou les deux, sont nécessaires pour effectuer correctement l'évaluation que commande l'al. 9c).

71 Moreover, given the broad discretion of the court conferred by s. 9(c), a claim by a parent for special or extraordinary expenses falling within s. 7 of the Guidelines (see Appendix) can be examined directly in s. 9 with consideration of all the other factors (see *Slade v. Slade*, at paras. 26-30). Section 9(c) is conspicuously broader than s. 7.

Qui plus est, vu le large pouvoir discrétionnaire que l'al. 9c) confère au tribunal, la demande relative à des dépenses spéciales ou extraordinaires visées à l'art. 7 des lignes directrices (voir l'annexe) peut être examinée directement dans le cadre de l'instance fondée sur l'art. 9, au regard de tous les autres facteurs (voir *Slade c. Slade*, par. 26-30). L'alinéa 9c) a visiblement une portée plus large que l'art. 7.

72 The Court of Appeal, when reversing the decision of the Divisional Court, posited that a reduction in support under s. 9 will sometimes result in undue hardship to the recipient parent and that in such cases the court will need to consider the provisions of s. 10(1) of the Guidelines. In my opinion, there is no need to resort to s. 10, either to increase or to reduce support, since the court has full discretion under s. 9(c) to consider "other circumstances" and order the payment of any amount, above or below the Table amounts (see "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*", at p. 332). It is not that "other circumstances" of each spouse and "hardship" are equivalent terms, it is that the discretion of the court, properly exercised, should not result in hardship. It may be that s. 10 would find application in an extraordinary situation, but that is certainly not the case here.

En infirmant la décision de la Cour divisionnaire, la Cour d'appel a postulé que la réduction du montant de la pension alimentaire sous le régime de l'art. 9 causait parfois des difficultés excessives au parent créancier et que, en pareil cas, le tribunal devait envisager l'application du par. 10(1) des lignes directrices. À mon avis, point n'est besoin de recourir à l'art. 10 pour augmenter ou réduire le montant de la pension alimentaire, puisque l'al. 9c) investit le tribunal du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la « situation [générale] » de chaque époux et d'ordonner le versement de tout montant supérieur ou inférieur à celui que prévoit la table (voir « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* », p. 332). Ce n'est pas que cette « situation [générale] » et l'existence de « difficultés excessives » soient équivalentes, mais l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du tribunal ne devrait pas occasionner de difficultés excessives. L'article 10 pourrait s'appliquer dans un cas exceptionnel, mais certainement pas en l'espèce.

### 2.3 Application of Section 9 to the Facts

Now that the principles which regulate the appropriateness of child support awards under s. 9 of the Guidelines have been clarified, I will turn to the facts of this particular case.

In this case, the motions judge granted the motion and reduced the \$563 in monthly child support that the father had been paying to \$100. As the Court of Appeal stated, “[s]he applied a mathematical formula similar to the formula found in s. 8 of the Guidelines for split custody and essentially set-off the father’s and mother’s Table amounts. She then required the father to pay the difference, with a very minor adjustment” (para. 1).

It seems very clear from the reasons for judgment of Rogers J. that she did not exercise her discretion properly, having relied on a mathematical analysis which is at odds with the approach for determining child support under s. 9 of the Guidelines. In her order, Rogers J. mentioned:

There is now a shared custody regime and there is going to be a reduction from the guideline amount. I have gone through the math with Mr. Cooper. I thank him for his mathematical skills and or those of his calculator. It seems as though the number is something around \$96.

The motions judge’s failure to provide adequate reasons for this conclusion is apparent from her order. For its part, the Divisional Court held that there was no right of deviation from the s. 3 presumptive amount merely upon passing the 40 per cent threshold; this too, is an erroneous approach.

The Court of Appeal fell into error by assuming, rather than applying evidence of the additional costs attributable to the shared custody, and by using a multiplier. The simple set-off verified against the budgets submitted by the parties under s. 9(c) is however acceptable in the absence of

### 2.3 Application de l’art. 9 aux faits de l’espèce

Maintenant que sont clarifiés les principes qui président à la détermination de l’ordonnance alimentaire qui s’impose en application de l’art. 9 des lignes directrices, il convient de se pencher sur les faits de la présente affaire.

En l’espèce, la juge des requêtes a accueilli la requête et fait passer de 563 \$ à 100 \$ par mois le montant de la pension alimentaire versée par le père. Comme l’a indiqué la Cour d’appel, [TRADUCTION] « [e]lle a appliqué une formule mathématique similaire à celle prévue à l’art. 8 des lignes directrices en cas de garde exclusive et elle a essentiellement effectué la compensation des montants figurant dans la table pour le père et la mère. Elle a ensuite ordonné au père de payer la différence, montant qu’elle a très légèrement rajusté » (par. 1).

Il appert très clairement des motifs de la juge Rogers qu’elle n’a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire puisqu’elle s’est fondée sur une méthode arithmétique incompatible avec l’analyse qui doit présider à la détermination du montant de la pension alimentaire pour enfants sous le régime de l’art. 9 des lignes directrices. Voici un extrait de son ordonnance :

[TRADUCTION] Les parties étant maintenant en situation de garde partagée, le montant prévu dans les lignes directrices sera réduit. J’ai fait les calculs avec M<sup>e</sup> Cooper. Je le remercie d’avoir fait bénéficier la cour de ses aptitudes en arithmétique et de sa calculatrice. Il semble que le montant soit d’environ 96 \$.

Au vu de son ordonnance, la juge des requêtes n’a pas dûment étayé cette conclusion. Pour sa part, la Cour divisionnaire a opiné que le fait d’atteindre le seuil de 40 p. 100 ne conférerait aucun droit de rajustement du montant tenu pour applicable à l’art. 3; elle avait également tort.

La Cour d’appel a fait erreur en se fondant sur des hypothèses, et non sur la preuve, pour déterminer les coûts supplémentaires associés à la garde partagée et en utilisant un multiplicateur. La compensation simple rajustée en fonction des budgets présentés par les parties pour les besoins de l’al. 9c) est

73

74

75

76

77

other evidence, since it leads to an examination of the actual capacity of each party to contribute to the expenses and consideration of the standard of living of both households. The Court of Appeal exercised its discretion to order the total variable expenses to be shared in proportion to respective incomes. In my analysis, I will confirm this but will give further attention to the actual ability of each parent to absorb increased costs.

78

The record before this Court contains sufficient evidence, i.e., affidavits and financial statements from both parents, in order to set the correct support payment without having to order a new trial. I nevertheless would caution against making awards without having taken steps to obtain a complete record. As determined by the motions judge, the Table amount for the father on an income of \$87,315 is \$688 per month; the Table amount for the mother on an income of \$68,082 is \$560. The set-off amount is \$128. The father's child expense budget reveals monthly expenditures attributable to the child of \$1,814 and the mother's child expense budget reveals monthly expenditures attributable to the child of \$1,916.95. These budgets were accepted at trial and should not be questioned here. They establish that expenditures are not the same for both parents, and that there is in fact a large amount of duplication with regard to fixed costs. Both of these factors point to the need for significant adjustments to the set-off amounts. The second step in the analysis consists of looking at the ratio of income between the parties of 56:44 (in the interest of precision and exactitude, I have slightly modified the ratio used by the Court of Appeal); the father ought to be responsible for 56 percent of the total child related expenditures, \$2,089.33, and the mother ought to be responsible for 44 percent of the total child-related expenditures, \$1,641.62. Already contributing \$1,814, the father would be required to pay the mother the sum of \$275.33. In addition, attention must be given to the fact that the father's net worth is \$255,750 and the mother's \$190,651; this is consistent with the means and conditions test in s. 9(c) and will be dealt with later.

toutefois acceptable à défaut d'autres éléments de preuve, puisqu'elle mène à l'examen de la capacité réelle de chacune des parties d'assumer une partie des dépenses et du niveau de vie des deux ménages. La Cour d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant que le total des dépenses variables soit partagé à proportion du revenu de chacune des parties. Je le confirmerai dans mon analyse, mais j'examinerai par ailleurs la capacité réelle de chacun des parents de supporter le coût accru.

Le dossier dont notre Cour est saisie contient tous les éléments de preuve nécessaires — affidavits et états financiers des deux parents — pour fixer le juste montant de la pension alimentaire sans avoir à ordonner un nouveau procès. J'insiste cependant sur l'importance de prendre des mesures pour constituer un dossier complet avant de fixer un montant. Comme l'a déterminé la juge des requêtes, le montant figurant dans la table pour le père, dont le revenu est de 87 315 \$, s'élève à 688 \$ par mois; celui qui y figure pour la mère, dont le revenu est de 68 082 \$, s'élève à 560 \$. Le montant issu de la compensation est de 128 \$. Le budget produit par le père révèle que ses dépenses mensuelles pour l'enfant sont de 1 814 \$. Celui de la mère révèle qu'elle dépense chaque mois 1 916,95 \$ pour son fils. Ces budgets ont été admis en preuve en première instance et ne devraient pas être remis en question à ce stade. Ils établissent que les dépenses ne sont pas les mêmes pour les deux parents et qu'il existe dans les faits un doublement considérable des frais fixes. Ces deux facteurs font ressortir la nécessité de rajuster sensiblement les montants issus de la compensation. La deuxième étape de l'analyse consiste à examiner le ratio 56/44 (par souci d'exactitude, le ratio utilisé par la Cour d'appel est légèrement modifié) applicable aux revenus des parties; le père doit assumer 56 p. 100 du total des dépenses pour l'enfant, soit 2 089,33 \$, et la mère 44 p. 100, soit 1 641,62 \$. Sa contribution s'élevant déjà à 1 814 \$, le père devrait payer à la mère la somme de 275,33 \$. Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que l'avoir net du père est de 255 750 \$ et celui de la mère de 190 651 \$, comme l'exige le facteur des ressources et des besoins énoncé à l'al. 9c), dont il est question plus loin.



The set-off amount under s. 9(a) is \$128, but, as I have just noted, other circumstances and the evidence presented under s. 9(c) requires that it be adjusted. Based only on the sharing of child-related expenditures apportioned against the income of the parents, the father would be required to pay the mother a sum of \$275.33 per month. Furthermore, examining all the costs of both parents, I have found no evidence that the fixed or variable costs of the mother decreased in any way following the shared custody arrangement; on the other hand, there is no evidence that the extra time devoted by the father or, more generally, the change brought to the custodial arrangement, has resulted in any increase in the father's actual expenses. Because this s. 9 application represents a variation from a long-standing financial status quo upon which the mother incurred valid expenses on behalf of this child, these realities are important considerations. As mentioned earlier, the means and conditions test in s. 9(c) requires that I also consider the difference in net worth between the parents, which is \$65,099, and the general ability of each parent to absorb increased costs.

This means that I must now consider the impact of a new support order on the standard of living of the child under s. 9(c). I cannot ignore the fact that, in this case, I am dealing with a variation order and not a first time order. Up until this litigation, by way of settlement, for a number of years, the mother was receiving over \$500 from the father (an amount that was not adjusted in 1999 even though the father's income rose to \$83,527.58). Finally, while the motions judge refused to consider this fact, it is clear from the record that the mother moved to a new house in 2000 because she believed it was in the child's best interest, in the reasonable expectation that she would continue to receive \$563 a month or more from the father. This expense, which was not challenged as inappropriate by the father, has to be considered part of the contextual analysis which includes consideration of the financial conditions and means of the mother. The purchase of the new home created some financial difficulties for the mother since she had to collapse a significant amount of her RRSPs (and

La compensation des montants visés à l'al. 9a) donne 128 \$, mais, je le rappelle, la situation générale et la preuve présentée relativement à l'al. 9c) commandent le rajustement de ce montant. Si l'on répartissait les dépenses liées à l'enfant seulement à proportion du revenu des parents, le père devrait verser à la mère 275,33 \$ par mois. De plus, à l'examen de tous les coûts supportés par le père, je n'ai relevé aucune preuve de diminution des coûts fixes ou variables de la mère résultant de la garde partagée. Par ailleurs, rien ne prouve que le temps supplémentaire que le père consacre à l'enfant ou, plus généralement, la modification des modalités de garde, a accru ses dépenses réelles. Étant donné que l'ordonnance demandée sur le fondement de l'art. 9 modifierait une situation financière de longue date en fonction de laquelle la mère a engagé des dépenses légitimes pour l'enfant, ces considérations importent. Je le répète, le facteur des ressources et des besoins prévu à l'al. 9c) exige également que je tienne compte de l'écart entre les avoirs nets des parents, qui s'élève à 65 099 \$, et de la capacité générale de chacun d'eux de supporter le coût accru.

L'alinéa 9c) me commande donc de prendre en compte maintenant les répercussions d'une nouvelle ordonnance alimentaire sur le niveau de vie de l'enfant. Je ne peux faire abstraction du fait qu'il s'agit en l'espèce d'une ordonnance modificative, et non d'une ordonnance initiale. Pendant un certain nombre d'années, avant que ne prenne naissance le présent litige, le père a versé à la mère plus de 500 \$ par mois conformément à une entente intervenue entre eux (montant qui n'a pas été rajusté en 1999, bien que le revenu du père soit passé à 83 527,58 \$). Enfin, malgré le refus de la juge des requêtes de tenir compte de ce fait, il ressort du dossier que, en 2000, la mère a emménagé dans une nouvelle maison parce qu'elle croyait qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant et qu'elle s'attendait raisonnablement à ce que le père continue de verser 563 \$ ou plus par mois. Cette dépense, dont le père n'a pas contesté la légitimité, doit être considérée dans le cadre de l'analyse contextuelle, qui englobe notamment l'examen des ressources financières et de la situation générale de la mère. L'achat de la nouvelle

consequently pay income tax on what she cashed in). She was legitimately relying on the support payment she was receiving from the father pursuant to the earlier arrangements made between them. He could not have ignored that. In light of these factors, I have come to the conclusion that the child support must be set at \$500 per month. I see no reason to question the view of the Court of Appeal that the facts of this case do not substantiate a retroactive order.

81 I would like to add a word of caution regarding the use of budgets at the appellate level in light of the approach adopted by Fish J. It is important, in my view, that all financial information be presented for a proper application of s. 9, but details concerning the appropriateness of individual items should be decided by the trial judge, on the basis of representations made by the parties. I, with all due respect, find it incongruous for this Court to question the unchallenged appropriateness of taking into account the cost of one car, for each household, or the fact that the father wishes to bring his son to restaurants on a regular basis. What we have here is a set of facts that have been accepted and are just one part of the general framework for the application of s. 9. I do not believe a line by line questioning of expenses and reapportionment of those expenses is fairer to the parties or more appropriate just because it involves a more moderate change of the set-off amount of \$128.

### 3. Conclusion

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

83 The appeal is allowed and the amount of support to be paid by the father to the mother is set at \$500

maison a causé certaines difficultés financières à la mère puisqu'elle a dû encaisser une partie importante de l'actif de son REER (et payer de l'impôt en conséquence). Elle comptait à bon droit sur la pension alimentaire versée par le père suivant l'entente qui existait entre eux. Ce dernier ne pouvait l'ignorer. Vu ces éléments, j'arrive à la conclusion que le montant de la pension alimentaire doit être de 500 \$ par mois. Je ne vois aucune raison de mettre en doute l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les faits de l'espèce ne justifient pas une ordonnance rétroactive.

À la lumière de l'analyse du juge Fish, je tiens à faire une mise en garde concernant l'utilisation de budgets en appel. Selon moi, l'application correcte de l'art. 9 exige la présentation de toute l'information financière, mais il appartient au juge de première instance de décider, compte tenu des observations des parties, à l'issue d'un examen détaillé, de l'opportunité d'une dépense en particulier. En toute déférence, je trouve incongru que notre Cour s'interroge sur l'opportunité — non contestée — de tenir compte du coût d'une voiture pour chacun des ménages ou sur le fait que le père veut amener son fils au restaurant régulièrement. Nous sommes en présence d'un ensemble de faits qui ont été reconnus et qui ne sont qu'un des paramètres généraux d'application de l'art. 9. Je ne crois pas qu'un examen poste par poste des dépenses suivi d'une nouvelle répartition de celles-ci soit plus équitable vis-à-vis des parties ou plus approprié du seul fait qu'il donne lieu à une modification moins importante du montant issu de la compensation (128 \$).

### 3. Conclusion

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

Le pourvoi est accueilli et le montant de la pension alimentaire que le père doit verser à la mère est

per month. Like the justices of the Court of Appeal, I am of the view that success was divided at all levels and that the difficulties associated with the interpretation of s. 9 of the Guidelines makes this case a proper one to order that both parties bear their own costs throughout.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

Child support provides an economic safety net for its intended beneficiaries — the children, not the parents — of failed family relationships. It serves to “break the fall” by affording the children a reasonable standard of living commensurate with the combined resources of their parents.

And, in cases of shared custody, child support seeks to secure for the child, insofar as possible, a similar standard of living in the two households concerned. Children may prefer one household to the other, but that cannot be made to depend on the respective means or resources of their parents.

Where a child resides with one parent less than 40 percent of the time, that parent is deemed, by legislative fiction, to incur no child-related expenses at all. The appropriate level of child support is fixed with mathematical precision by the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 (“Guidelines”), (or a corresponding provincial grid).

That sort of social policy decision is a matter for Parliament. And Parliament has spoken.

In cases of shared custody, where the parents each have access to or custody of the child at least 40 percent of the time, Parliament has spoken as well. There, instead of imposing a mathematical calculus or grid, Parliament has left to the courts the determination of child support in accordance with s. 9 of the Guidelines.

fixé à 500 \$ par mois. Tout comme les juges de la Cour d’appel, j’estime que, les parties ayant eu partiellement gain de cause devant toutes les instances et l’art. 9 des lignes directrices ayant donné lieu à des difficultés d’interprétation, il convient d’ordonner que les deux parties paient leurs propres dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissent) —

I

La pension alimentaire offre aux bénéficiaires visés — les enfants, et non les parents — un filet de sécurité financière en cas d’éclatement de la famille. Elle « amortit le choc » en assurant aux enfants un niveau de vie convenable proportionné aux ressources combinées des deux parents.

En cas de garde partagée, la pension alimentaire vise à ce que, dans la mesure du possible, l’enfant jouisse du même niveau de vie dans les deux ménages. L’enfant peut préférer un ménage à l’autre, mais ce ne doit pas être en raison des ressources respectives de ses parents.

La loi présume que le parent chez qui l’enfant habite moins de 40 p. 100 du temps n’engage aucune dépense pour ce dernier. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« lignes directrices »), (ou la grille provinciale correspondante) permettent de déterminer avec une précision mathématique le montant de la pension alimentaire qui doit être versée pour l’enfant.

C’est au législateur qu’appartient ce genre de décision à caractère social, et il s’est prononcé.

Dans le cas d’une garde partagée où chacun des parents a accès à l’enfant ou en a la garde, au moins 40 p. 100 du temps, le législateur s’est également prononcé. Au lieu d’imposer un calcul mathématique ou l’application d’une grille, il laisse au tribunal le soin de déterminer le montant de la pension alimentaire conformément à l’art. 9 des lignes directrices.

84

85

86

87

88

89 Section 9 sets out in general terms the factors that judges must take into account. But it does not assign them relative weight or indicate — even in general terms — how the factors bear on one another. Still less does s. 9 contemplate, with respect to the shared custody arrangements that are governed exclusively by its terms, a single “correct” award.

90 Rather, s. 9 requires the court in each instance to determine the amount of child support “by taking into account”: (a) the Table amounts that would apply if it were a case of sole custody; (b) the increased costs of shared custody arrangements; and (c) “the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought”.

91 Applying s. 9 to the evidence in this case, the motions judge ordered Christopher’s father to pay Christopher’s mother \$50 per month for Christopher’s support (\$100 less \$50 in retirement of overpayment); the Divisional Court increased the amount to \$688 ((2002), 62 O.R. (3d) 295); and the Court of Appeal fixed support at \$399.61 ((2003), 67 O.R. (3d) 703). As I have already mentioned, s. 9 does not command a single result. But neither does it authorize such vastly divergent awards.

92 In short, s. 9 support orders are discretionary by design, but constrained by principle and subject to the overriding requirement of fitness. Support orders in shared custody cases must fall within the boundaries drawn by Parliament in setting out the governing factors under s. 9 of the Guidelines. All of these factors must be considered by the courts in determining an appropriate award. “Appropriate” does not mean mathematically or methodologically ascertainable with precision. It means *within an acceptable range* that is in each case determined by applying in a principled manner the factors set out in s. 9 to the proven facts and particular circumstances of the matter.

93 Of the widely divergent awards in the courts below, only the amount fixed in the Court of Appeal

L’article 9 énonce en termes généraux les facteurs dont le tribunal doit tenir compte. Il ne précise toutefois pas leur importance relative ni — même de manière générale — leur interaction. Il suppose encore moins, à l’égard des modalités de garde partagée régies exclusivement par ses dispositions, l’existence d’un seul montant « juste ».

L’article 9 exige plutôt du tribunal qu’il détermine dans chaque cas le montant de la pension alimentaire « compte tenu » : a) des montants qui s’appliqueraient, selon les tables, s’il s’agissait d’une garde exclusive, b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée et c) « des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ».

Après avoir appliqué l’art. 9 à la preuve en l’espèce, la juge des requêtes a ordonné au père de verser à la mère une pension alimentaire de 50 \$ par mois pour Christopher (soit 100 \$ moins 50 \$ pour le remboursement de paiements en trop). La Cour divisionnaire a porté ce montant à 688 \$ ((2002), 62 O.R. (3d) 295), puis la Cour d’appel l’a ramené à 399,61 \$ ((2003), 67 O.R. (3d) 703). Je le rappelle, l’art. 9 ne dicte pas un résultat unique. Mais il n’autorise pas non plus la fixation de montants à ce point divergents.

Bref, l’ordonnance alimentaire visée à l’art. 9 est discrétionnaire à dessein tout en étant assujettie non seulement à des considérations de principe, mais aussi à l’exigence prédominante de l’adéquation. En cas de garde partagée, elle doit se situer dans les limites que le législateur a définies à l’art. 9 en y prévoyant les facteurs applicables. Le tribunal doit tenir compte de tous ces facteurs pour arriver au montant « approprié ». Ce dernier n’est pas déterminé avec précision de manière mathématique ou à l’aide d’une méthode. Il se situe plutôt à l’intérieur de limites acceptables qui, dans chacun des cas, sont déterminées par l’application raisonnée des facteurs de l’art. 9 aux faits établis par la preuve et aux circonstances particulières de l’espèce.

Parmi les montants très divergents fixés par les tribunaux inférieurs, seul celui de la Cour d’appel

falls within that range. It appears to me reasonable on its face and consistent with the governing principles. I would therefore dismiss this appeal.

## II

The predictability ensured with mathematical precision by the Guidelines for sole custody cases has in some quarters created an understandable but futile expectation of like certainty with respect to shared custody arrangements.

Predictability and precision in sole custody awards result from the mandatory application of Table amounts included in the Guidelines. These Table amounts are built on Statistics Canada's "40/30" Equivalence Scale (see: Canada, Department of Justice, *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report* (1997), at p. 3). The Equivalence Scale, in turn, is based on empirical research that showed a 40 percent increase in cost to a household upon adding a second member (child or adult), and 30 percent more for each additional member (both percentages being approximate). In this model, the additional members reside in the household 100 percent of the time.

In shared custody arrangements, the child joins *two* households, each for at least 40 percent of the time. Support orders are in those circumstances governed by s. 9 of the Guidelines. Section 9(a) requires that the Table amounts applicable to single custody be taken into account *as one of a series of factors*. There is no meaningful way to graft those Table amounts onto shared custody support orders. They are not meant to be either added to or subtracted from the ratio of expenses incurred by either parent at the time the support order is made.

Likewise, s. 9(b) of the Guidelines assumes that two households are more expensive than one due to duplicated fixed costs and the loss of economies of scale. But this assumption adds nothing of

s'inscrit dans de telles limites. Il me paraît raisonnable à première vue et compatible avec les principes applicables. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

## II

Chez certains, la prévisibilité assurée avec une précision mathématique par les lignes directrices en cas de garde exclusive a fait naître l'espoir compréhensible mais vain qu'il en aille de même en cas de garde partagée.

La prévisibilité et la précision de l'ordonnance alimentaire en cas de garde exclusive découlent de l'application obligatoire des montants figurant dans les tables intégrées aux lignes directrices. Ces tables ont été établies à partir de l'échelle d'équivalence « 40/30 » de Statistique Canada (voir : Canada, Ministère de la Justice, *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique* (1997), p. 3). L'échelle d'équivalence se fonde elle-même sur des recherches empiriques selon lesquelles les coûts augmentent de 40 p. 100 lorsqu'une deuxième personne (enfant ou adulte) se joint à un ménage, puis de 30 p. 100 pour toute autre personne supplémentaire (pourcentages approximatifs). Suivant ce modèle, les membres supplémentaires habitent le lieu de résidence du ménage la totalité du temps.

Dans le cas d'une garde partagée, l'enfant se joint à *deux* ménages à raison d'au moins 40 p. 100 du temps chacun. L'ordonnance alimentaire est alors régie par l'art. 9 des lignes directrices. L'alinéa 9a) dispose que les montants figurant dans les tables applicables à la garde exclusive constituent *l'un des facteurs* à prendre en considération. Il n'existe aucun moyen satisfaisant d'intégrer ces montants à l'ordonnance alimentaire. Ils ne peuvent être additionnés à la quote-part des dépenses supportées par l'un ou l'autre parent au moment où l'ordonnance alimentaire est rendue, ni en être soustraits.

De même, l'al. 9b) des lignes directrices suppose que les dépenses de deux ménages sont plus élevées que celles d'un seul à cause du doublement des frais fixes et de la perte d'économies d'échelle. Toutefois,

94

95

96

97

concrete assistance in fixing an appropriate amount of support.

98 I understand very well that the Guidelines call for objectivity, predictability and efficiency. With respect to shared custody, however, Parliament has departed from the strict table-based model that leads to relative certainty. The focus of s. 9 is on fitness, not formulas. This approach relies on the wisdom and experience of trial judges — the responsibility is primarily theirs — to determine fair awards by applying to the facts as they find them the mandatory considerations set out in s. 9.

99 Parliament has thus favoured judicial discretion, exercised in a principled manner, over the relative certainty of mathematically driven determinations. This legislative choice leaves no statutory vacuum. It signifies Parliament's confidence that judges will exercise wisely and in accordance with the governing criteria the discretion vested in them by s. 9 of the Guidelines, ensuring a sufficiently reliable and reasonably predictable result.

100 In short, s. 9 requires judges to fix child support in shared custody arrangements without the benefits and constraints of a mandatory grid. This deliberate rejection by Parliament of a precise formula or methodology does not authorize the courts to conjure one up from the void.

### III

101 For many years Canadian courts took guidance from Kelly J.A.'s finding in *Paras* that "the objective of maintenance should be, as far as possible, to continue the availability to the children of the same standard of living as that which they would have enjoyed had the family break-up not occurred": see *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), at p. 134.

102 Although the method for determining child support was fundamentally altered by the

cette hypothèse n'offre rien de concret pour fixer le montant approprié de la pension alimentaire.

Je sais fort bien que les lignes directrices appellent l'objectivité, la prévisibilité et l'efficacité. Or, en matière de garde partagée, le législateur écarte le modèle fondé sur la stricte application de tables offrant une certitude relative. L'article 9 met essentiellement l'accent sur l'adéquation de la pension alimentaire, et non sur l'application de formules. Il est tenu pour acquis que grâce à sa sagesse et à son expérience, le juge de première instance — à qui cette tâche incombe principalement — rendra une ordonnance équitable après avoir appliqué aux faits constatés les considérations impératives énoncées à l'art. 9.

Le législateur a donc privilégié le pouvoir discrétionnaire exercé de façon raisonnée à la certitude relative qu'offre un calcul mathématique. Son choix ne laisse aucun vide juridique et traduit sa confiance que les juges exerceront le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9 des lignes directrices judicieusement et selon les critères applicables, de sorte que les résultats seront raisonnablement fiables et prévisibles.

Bref, en cas de garde partagée, l'art. 9 oblige le tribunal à déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfants sans les avantages et les contraintes d'une grille obligatoire. Le législateur ayant délibérément écarté toute formule ou méthode précise, le tribunal n'est pas admis à en créer une de toutes pièces.

### III

Pendant de nombreuses années, les tribunaux canadiens se sont inspirés de l'arrêt *Paras* où le juge Kelly avait conclu que [TRADUCTION] « l'ordonnance alimentaire devrait avoir pour objectif de permettre aux enfants, dans toute la mesure du possible, de jouir d'un niveau de vie identique à celui dont ils auraient joui s'il n'y avait pas eu rupture de la famille » : voir *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), p. 134.

L'adoption des lignes directrices en 1997 a fondamentalement modifié le mode de détermination

adoption of the Guidelines in 1997, Kelly J.A.'s words continue to resonate. Section 26.1(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (am. S.C. 1997, c. 1), incorporates the former ss. 15(8) and 17(8), which have been seen as a reflection of Kelly J.A.'s observations in *Paras*: see J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), at p. 10.

In my view, an appropriate support order in this case should ensure insofar as possible that Christopher, the child of the parties, enjoys a standard of living that is reasonably comparable to his standard of living before the divorce and does not vary markedly in material respects moving from one household to the other. The proper pursuit of this objective will of course bear in mind, as I indicated earlier, that child support aims to alleviate the economic impact of divorce on the child; it must not be turned into a ramrod for equalizing the incomes of former spouses.

Like Kelly J.A. (*Paras*, at pp. 134-35), I understand that the resources of both parents will frequently be inadequate after their physical separation to maintain their previous standard of living, under a single roof. Where the two conflict, it is the child's standard of living and not theirs that is to be favoured.

The method for achieving this outcome should be evidence-based. In this respect I am essentially in agreement with my colleague Bastarache J. and the Court of Appeal in this case. Both have stressed the importance of an evidence-based approach.

My colleague indicates that “[t]he record before this Court contains sufficient evidence, i.e., affidavits and financial statements from both parents, in order to set the correct support payment without having to order a new trial” (para. 78). This should not be understood as a general rule that the parents’ budgets are “all the necessary evidence” for deciding cases under s. 9. Trial judges have found that budgets alone often present an incomplete or misleading snapshot of the real situation. Upon

de la pension alimentaire, mais les propos du juge Kelly demeurent valables. Le paragraphe 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) (mod. L.C. 1997, ch. 1), intègre les anciens par. 15(8) et 17(8) dans lesquels on a vu la consécration de l’avis exprimé par le juge Kelly dans *Paras* : voir J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), p. 10.

À mon avis, l’ordonnance alimentaire appropriée en l’espèce devrait, dans la mesure du possible, faire en sorte que l’enfant des parties, Christopher, jouisse d’un niveau de vie qui soit raisonnablement comparable à celui d’avant le divorce et qui, à tous égards importants, ne diffère pas nettement d’un ménage à l’autre. Dans la poursuite légitime de cet objectif, le tribunal doit évidemment garder présent à l’esprit, comme je l’ai indiqué précédemment, que la pension alimentaire vise à atténuer les répercussions financières du divorce sur l’enfant; elle ne doit pas devenir un outil de nivellement des revenus des ex-époux.

Tout comme le juge Kelly (*Paras*, p. 134-135), je suis conscient qu’après leur séparation, les deux parents n’ont plus les moyens, dans bien des cas, de maintenir le niveau de vie dont ils jouissaient durant la vie commune. Lorsque leur niveau de vie et celui de l’enfant s’opposent, la préférence doit être accordée au second.

La démarche permettant d’atteindre ce résultat doit être fondée sur la preuve. À cet égard, je partage essentiellement l’avis de mon collègue le juge Bastarache et de la Cour d’appel en l’espèce, qui ont tous deux souligné l’importance de s’appuyer sur la preuve.

Selon mon collègue, « [l]e dossier dont notre Cour est saisie contient tous les éléments de preuve nécessaires — affidavits et états financiers des deux parents — pour fixer le juste montant de la pension alimentaire sans avoir à ordonner un nouveau procès » (para. 78). Il ne faut évidemment pas en déduire la règle générale que les budgets des parents constituent « tous les éléments de preuve nécessaires » permettant de statuer sur le fondement l’art. 9. Des juges de première instance ont

103

104

105

106

examining the budgets and considering any supplementary information obtained at the hearing, trial judges are authorized for this reason to adjourn the proceedings should they think this necessary to complete the record.

## IV

107 The Tables included in the Guidelines assume that no child care expenditures are made by a parent with whom a child spends less than 40 percent of their time. That assumption vanishes when s. 9 is triggered.

108 Where access by one of the parents hovers just below 40 percent, concerns will arise that crossing the threshold can produce a precipitate drop in child support. To avoid this “cliff effect”, the custodial parent (the parent who has sole custody) may be tempted to cling for selfish reasons to its financial advantages — for example, by hiring more babysitters to prevent the other parent from reaching the 40 percent level that brings with it shared custody. The access parent, on the other hand, may be tempted to express an enhanced interest in spending more time with the child, driven more by pecuniary than by parenting considerations.

109 Bastarache J., like the Court of Appeal, discusses the cliff effect in relation to the meaning of “increased costs” of shared custody arrangements under s. 9(b). My colleague considers that “increased costs” means all costs incurred by the payor parent; the Court of Appeal, on the other hand, found that the “increased costs” are the incremental costs incurred after the 40 percent threshold is crossed. As we shall see, it appears to me preferable to deal with s. 9(b) simply as a binding reminder of the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which the set-off Table amounts under s. 9(a) do not take into account.

110 In the present case, to the credit of both parents, there was no such evident tug of war. Both parents

estimé que, à eux seuls, les budgets offrent souvent une image incomplète ou trompeuse de la situation réelle. C’est pourquoi lorsqu’il examine les budgets et soupèse les renseignements supplémentaires obtenus à l’audience, le juge peut au besoin ajourner l’instance pour compléter le dossier.

## IV

Les tables que renferment les lignes directrices supposent que le parent qui passe moins de 40 p. 100 du temps avec l’enfant n’engage pas de dépenses pour ce dernier. Cette hypothèse ne tient plus dès que l’art. 9 entre en jeu.

Le parent dont le droit d’accès est à peine inférieur à 40 p. 100 pourrait, s’il franchissait ce seuil, causer une diminution radicale du montant de la pension alimentaire. Et, pour éviter cette « chute brutale », le parent gardien (celui qui a la garde exclusive de l’enfant) pourrait, par égoïsme, chercher à conserver coûte que coûte ses avantages financiers en recourant au gardiennage, par exemple, pour empêcher l’autre parent d’atteindre le seuil de 40 p. 100 à partir duquel la garde deviendrait partagée. Pour sa part, le parent bénéficiant d’un droit d’accès pourrait manifester l’intention de passer plus de temps avec l’enfant en étant mû davantage par son intérêt pécuniaire que par des considérations d’ordre parental.

À l’instar de la Cour d’appel, le juge Bastarache analyse l’effet « chute brutale » au regard « des coûts plus élevés associés à la garde partagée » au sens de l’al. 9b). Selon mon collègue, les « coûts plus élevés » s’entendent de tous les frais supportés par le parent débiteur. Pour la Cour d’appel, ils correspondent aux frais supplémentaires engagés une fois franchi le seuil de 40 p. 100. Comme nous le verrons, il me paraît préférable de voir simplement dans l’al. 9b) un rappel contraignant des doublons et des autres frais supplémentaires qui sont inhérents à la garde partagée et dont ne tient pas compte la compensation des montants figurant dans les tables effectuée conformément à l’al. 9a).

Dans la présente affaire, les parents ne se sont apparemment pas livrés à une lutte acharnée, et c’est



appear to have kept the interests of their child paramount throughout.

When the mother decided to take a course that would prevent her from caring for Christopher on Tuesdays, she offered to let him spend the evening with his father rather than arrange for a relative to take him. As she explained before the motions judge, “I always tried to do whatever was in my power to ensure that Christopher has a close relationship with his father”.

Nor is there any suggestion of machination in the father’s offer to take Christopher both Tuesdays and Thursdays rather than exchanging one day for the other. He did not bring his application for modification on the heels of this change. After the mother’s course ended, Christopher remained with his father, at least partially at Christopher’s request. Only at this point did the father seek an adjustment in child support. He then waited another half-year before pressing his claim in the courts.

Care must nonetheless be taken not to interpret and apply s. 9 in a manner that creates a cliff effect in this case — or aggravates the risk of a cliff effect in others.

## V

Simple set-off of the Table amounts for sole custody may be a convenient way to begin the process of fixing an appropriate amount of support and, in this way, serve as a “starting point”. It is not, however — and should not be thought of — as a preliminary amount to be increased or decreased, or to have added to it or subtracted from it, other amounts determined on examination of the factors set out in paras. (b) and (c) of s. 9.

I agree with Bastarache J. that the Court of Appeal erred in its apparent endorsement of “stock multipliers”. The expression “stock multiplier” refers here to an abstract or predetermined figure that bears no relation to the specific facts of the case.

tout à leur honneur. Il semble que l’intérêt de leur enfant ait toujours primé.

Lorsque la mère a décidé de suivre un cours qui l’empêcherait de prendre soin de son fils le mardi, elle a pensé le confier au père plutôt qu’à un membre de sa famille. Comme elle l’a expliqué à la juge des requêtes : [TRADUCTION] « j’ai toujours fait mon possible pour que Christopher conserve un lien étroit avec son père ».

Rien ne permet de croire que l’offre du père de s’occuper de Christopher le mardi et le jeudi, au lieu de simplement permuter les soirées, était une machination de sa part. Sa demande de modification n’a pas suivi immédiatement. Lorsque le cours a pris fin, Christopher, en partie à sa propre demande, a continué de passer les mêmes soirées chez son père. C’est seulement alors que le père a demandé le rajustement de la pension alimentaire. Il a ensuite patienté six autres mois avant de saisir le tribunal.

Il faut néanmoins se garder d’interpréter et d’appliquer l’art. 9 de manière à causer une « chute brutale » en l’espèce ou à accroître le risque d’une telle chute dans d’autres affaires.

## V

La compensation simple des montants figurant dans les tables pour la garde exclusive peut être un moyen pratique d’entreprendre la détermination du montant approprié de la pension alimentaire et, à cet égard, elle peut servir de « point de départ ». Toutefois, le montant qui en est issu ne saurait être considéré comme un montant de base à majorer ou à réduire, ou auquel ajouter — ou duquel soustraire — d’autres montants déterminés après examen des facteurs énoncés aux al. 9b) et c).

Je conviens avec le juge Bastarache que la Cour d’appel a eu tort d’avaliser — selon toute apparence — l’utilisation d’un « multiplicateur type », c’est-à-dire d’une valeur abstraite ou prédéterminée qui n’a rien à voir avec les faits de l’espèce.

111

112

113

114

115

116 As I understand it, the Court of Appeal endorsed the use of a multiplier of 1.5 (sometimes called the “Colorado multiplier”, in reference to the jurisdiction in which the figure apparently originated) where there is no evidentiary basis for taking into account, as required by s. 9(b), the increased costs of shared custody arrangements. In my view, stock multipliers of that sort should not be used at all. The better approach was suggested by the Court of Appeal itself: In the absence of evidence required to make a fact-based, case-specific determination, the trial court can reopen the hearing for that purpose.

117 I think it fair to emphasize, however, that the Court of Appeal did not in fact resort to a stock multiplier in this case. It applied instead a multiplicative factor based on the evidence in the record. To the extent that this factor may have been imperfectly established or applied, its impact on the result was limited and, in any event, offset by the countervailing effect of the other factors I shall examine below.

118 Section 9(a) requires the court to take the Table amounts into account in fixing child support for shared custody arrangements. For shared custody arrangements, simple set-off of the Table amounts credits each parent with what that parent would receive if he or she had sole custody. It may be thought, in that way, to adequately compensate both parents. But that compensation is more apparent than real, since it disregards the duplications and other incremental costs inherent in shared custody. The purpose of s. 9(b), in my view, is to ensure that these costs are properly reflected in every support order made under s. 9.

119 The phrase “increased costs of shared custody arrangements” in s. 9(b) must be viewed in this light and I do not find it particularly helpful to focus on either the starting point applied by the Court of Appeal or the starting point preferred by Bastarache J. With respect, I think it preferable to regard s. 9(b) as a binding reminder that setting-off the Table amounts is, like other “starting points”, the beginning but not the end of the exercise.

Si je comprends bien, la Cour d’appel a approuvé l’emploi d’un multiplicateur de 1,5 (parfois appelé « multiplicateur du Colorado » en raison de son lieu d’origine présumé) lorsque aucune preuve ne permet d’établir, comme l’exige l’al. 9b), les coûts plus élevés associés à la garde partagée. À mon avis, l’on devrait éviter tout recours à un tel multiplicateur. La meilleure solution nous vient de la Cour d’appel elle-même : en l’absence de la preuve requise pour rendre une décision fondée sur les faits d’une espèce donnée, le tribunal de première instance peut reprendre l’audience et compléter la preuve.

Je dois toutefois préciser que, dans les faits, la Cour d’appel n’a pas eu recours à un tel multiplicateur. Elle a plutôt appliqué un facteur multiplicatif fondé sur la preuve versée au dossier. Si ce facteur a été déterminé ou appliqué de manière imparfaite, son incidence sur le résultat a été limitée et, quoi qu’il en soit, contrebalancée par les autres facteurs que j’examine ci-après.

L’alinéa 9a) exige que le tribunal tienne compte des montants figurant dans les tables pour fixer le montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. La simple compensation de ces montants attribue alors à chacun des parents ce qu’il toucherait si la garde était exclusive. On pourrait croire qu’elle établit un juste équilibre entre les parents, mais les apparences sont trompeuses, car elle fait abstraction des doublements et des autres coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée. J’estime que l’al. 9b) a pour objet de faire en sorte que toute ordonnance alimentaire rendue sous le régime de l’art. 9 tienne dûment compte de ces coûts.

L’expression « coûts plus élevés associés à la garde partagée » employée à l’al. 9b) doit être considérée sous cet angle. Il ne me paraît pas particulièrement utile d’insister sur le point de départ retenu par la Cour d’appel ni sur celui privilégié par le juge Bastarache. Avec déférence, je crois préférable de voir dans cet alinéa le rappel contraignant que, comme tout autre « point de départ », la compensation des montants figurant dans les tables se situe au commencement de la démarche et non à la fin.

Here, the ultimate burden of the exercise is to fashion a support order with the interests of the child foremost in mind. It must, however, be patterned on the facts and not made of whole cloth.

It may be useful to observe that the cliff effect can only arise on a modification of child support. A cliff exists where there is a large vertical change over a small horizontal change. On a first order, there is no risk that a small change in access or custody will cause a precipitous decline in support. There is simply a judicial determination in accordance with the applicable statutory provisions.

On the other hand, where there is a previous support order based on sole custody, it may create a kind of momentum that the change to shared custody will not be entirely capable of arresting. That is particularly so in this case, where concrete and irreversible financial decisions were made by the mother in reliance on the amount of child support then being paid to her by the father — such as collapsing her RRSPs and buying a new home.

Christopher's mother thus sacrificed her own financial well-being and her savings for the future so that Christopher could have the best possible life *now*. The father does not dispute that the mother's move to Woodbridge was in Christopher's best interest. The move to the new home was made in November 2000 while the father was still paying \$563 per month though the parties had in fact agreed to a shared custody arrangement. It could not therefore have escaped him that the purchase was likely made in partial reliance on his continuing support.

This is one of the relevant factors under s. 9(c), all of which are well set out, indicatively and not exhaustively, by Bastarache J. And I agree with my colleague that commensurate importance should

En l'espèce, le but ultime de la démarche est de concevoir une ordonnance alimentaire en tenant compte avant tout de l'intérêt de l'enfant. L'ordonnance doit toutefois se modeler sur les circonstances de l'espèce, et non sur des données générales.

Rappelons que l'effet « chute brutale » ne peut se produire que lors d'une modification de l'ordonnance alimentaire. Il y a chute brutale lorsqu'une modification verticale importante résulte d'une modification horizontale minime. Dans le cas d'une demande initiale, il n'y a aucun risque qu'une légère modification des modalités d'accès ou de garde entraîne une baisse subite du montant de la pension alimentaire. Le tribunal rend simplement une décision conforme aux dispositions législatives applicables.

Par contre, l'ordonnance alimentaire rendue en fonction d'une garde exclusive peut créer une sorte d'engrenage que le passage à la garde partagée ne saurait arrêter totalement. C'est particulièrement vrai en l'espèce, la mère ayant pris des décisions concrètes et irrévocables sur le plan financier — comme l'encaissement de son REER et l'achat d'une nouvelle maison — en comptant sur le montant de la pension alimentaire alors versée par le père.

En effet, la mère de Christopher a sacrifié son propre bien-être financier et les sommes mises de côté pour l'avenir afin que Christopher ait *aujourd'hui* la meilleure vie possible. Le père ne conteste pas que l'emménagement de la mère dans la nouvelle demeure de Woodbridge, en novembre 2000, était dans l'intérêt de Christopher. À l'époque, il payait toujours une pension alimentaire de 563 \$ par mois même si, dans les faits, les parties avaient convenu de la garde partagée. Le fait que la mère a effectué cet achat en tenant notamment pour acquis qu'il continuerait de verser la pension alimentaire n'a donc pu lui échapper.

Il s'agit de l'un des facteurs pertinents suivant l'al. 9c) dont le juge Bastarache fait bien état, à titre indicatif et non exhaustif. Et je conviens avec mon collègue qu'il y aurait lieu d'accorder en l'espèce

120

121

122

123

124

be attached in this case to the respective resources of the parents and to the situation created *consensually* before they moved to shared custody. I shall return to this branch of the matter in discussing an appropriate amount of support.

125 Having applied all the factors and in spite of the broad language of s. 9(c), a trial judge may still not have arrived at a just award. When all the line normally on the bobbin is played out, there remains one last reserve. Section 10(1) allows a court to “award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9”. “Undue hardship” is the reserve chute when the Guidelines’ basic fabric proves insufficient to break the fall.

126 Although the discretion of the court is made very broad by the “other circumstances” already contemplated in s. 9(c), that cannot be thought to preclude the application of s. 10, first and foremost because Parliament has otherwise decreed — *expressly*.

127 Section 10 is more than “other circumstances”: It more solidly grounds a parent’s claim, and it gives a trial judge specific guidance in adjudicating it. Even if “other circumstances” allows for the same result, a judge would have to begin construction on a bare lot, with none of the foundation and superstructure that s. 10 already puts in place.

## VI

128 In my respectful view, the support orders made by the motions judge and the Divisional Court in this case both result from an understandable but mistaken quest for certainty and simplicity. No formula can be devised that will at once respect the words of Parliament and achieve the predictability of a universally applicable calculus. The plain fact of the matter is that s. 9 of the Guidelines contemplates a judicial assessment of a variety of

une importance appropriée, d’une part, aux ressources respectives des parents et, d’autre part, à la situation qu’ils ont créée de façon *consensuelle* avant d’opter pour la garde partagée. Je reviendrai à cet aspect au moment de déterminer le montant approprié de la pension alimentaire.

Après avoir tenu compte de tous les facteurs et malgré le libellé général de l’al. 9c), un juge de première instance aurait quand même pu ne pas rendre une ordonnance alimentaire juste. Quand tous les critères habituels ont été considérés, il reste une dernière avenue. Le paragraphe 10(1) — applicable en cas de « difficultés excessives » — autorise le tribunal à « fixer comme montant de l’ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9 ». Il joue le rôle de parachute de secours lorsque les autres dispositions des lignes directrices ne permettent pas d’amortir le choc.

Bien que l’examen de la « situation [générale] » déjà prévu à l’al. 9c) confère au tribunal un très large pouvoir discrétionnaire, la possibilité d’appliquer l’art. 10 n’est pas écartée pour autant, d’abord et avant tout parce que le législateur en a *expressément* décidé autrement.

L’article 10 ne s’en tient pas à l’examen de la « situation [générale] ». Il assoit mieux la demande du parent et balise la démarche du juge de première instance appelé à statuer sur elle. Même si l’examen de la « situation [générale] » permettrait d’arriver au même résultat, le juge devrait s’orienter seul, sans l’assise et le cadre déjà prévus à l’art. 10.

## VI

Avec déférence, je suis d’avis que les ordonnances alimentaires rendues en l’espèce par la juge des requêtes et la Cour divisionnaire trahissent toutes deux une quête compréhensible, mais injustifiée, de certitude et de simplicité. Il est impossible de concevoir une formule qui, à la fois, respecte la volonté exprimée par le législateur et la prévisibilité d’un mode de calcul d’application universelle. Il demeure que l’art. 9 des lignes directrices prévoit l’examen, par le tribunal, d’une foule de

considerations — some competing and some complementary.

The first consideration relates to the Guidelines Table amounts. For the reasons explained, they cannot simply be grafted onto shared custody arrangements. Yet s. 9(a) requires that they be taken into account. I have suggested that this might conveniently be done by setting-off the Table amounts that govern sole custody and treating the result as a “starting point” — the first step in a global consideration of all of the factors that must be weighed under s. 9. Here, the set-off amount is \$128 per month.

The second consideration, made mandatory by s. 9(b), relates to the increased costs of shared custody. On my view of the matter, this relates essentially to the duplication of fixed costs and to other expenses that result from the exigencies of shared custody — housing, toys, clothes, books and supplies in both places, and so forth. The inquiry is essentially evidence-driven. The extent of the duplication of fixed costs will generally be apparent from the budgets submitted by the parties, as tested and clarified at the hearing.

The third consideration relates to s. 9(c), which requires the court to take into account “the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought”. This is the appropriate place, in my opinion, for an apportionment of certain expenditures according to the respective incomes of the parents, including the duplicated expenses identified pursuant to s. 9(b). Section 9(b) flags the need to take into account the increased costs of shared custody; s. 9(c) by referring to the respective means of the parents suggests how this should be done.

Since this case involves a modification and not an initial support order, s. 9(c) requires us to bear in mind the support order in effect immediately prior to the shared custody arrangement. And we are bound as well, of course, to consider the disparity in assets and indebtedness of the parents. These considerations do not yield firm numbers — they

considérations dont certaines sont concurrentes, d’autres complémentaires.

La première est celle des montants figurant dans les tables. Pour les raisons déjà exposées, on ne peut les intégrer simplement à l’ordonnance dans une affaire de garde partagée. L’alinéa 9a) exige pourtant qu’on en tienne compte. J’ai laissé entendre que le montant issu de leur compensation pouvait servir de « point de départ », la première étape de l’examen global que commande l’art. 9 au regard des facteurs qui y sont énoncés. En l’espèce, ce montant s’élève à 128 \$ par mois.

La deuxième considération, dont l’al. 9b) rend obligatoire la prise en compte, est celle des coûts plus élevés associés à la garde partagée. Selon moi, la disposition vise essentiellement le doublement des coûts fixes et les autres dépenses qu’impose la garde partagée : le logement, les jouets, les vêtements, les livres et les accessoires aux deux endroits, etc. L’examen est essentiellement fonction de la preuve. Généralement, l’importance du doublement des coûts fixes se dégagera des budgets présentés par les parties, après interrogatoire et clarification à l’audience.

La troisième considération — prévue à l’al. 9c) — est celle « des ressources, des besoins et, d’une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ». C’est à cette étape qu’il convient, à mon sens, de répartir certaines dépenses selon les revenus respectifs des parents, y compris le doublement des dépenses identifiées en application de l’al. 9b). Cet alinéa signale la nécessité de tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée, tandis que, en renvoyant aux ressources respectives des parents, l’al. 9c) suggère la manière de le faire.

Comme le tribunal était saisi en l’espèce d’une demande de modification, et non d’une demande d’ordonnance initiale, l’al. 9c) commande de ne pas perdre de vue l’ordonnance alimentaire immédiatement en vigueur avant que la garde ne devienne partagée. Évidemment, nous devons aussi examiner la disparité des avoirs et des passifs des parents.

129

130

131

132

in fact yield no numbers at all — but they do provide guidance in fixing an appropriate amount of support.

133 In apportioning the parents' expenditures between them in accordance with their incomes, we have only the budgets to rely on in this case. Understandably, the budgets attribute entirely to Christopher the expenditures that relate to him alone: for example, his clothing, school lunches, summer camp, books, tuition, school activities, and gifts from Christopher to other children.

134 Both parents attribute to Christopher 50 percent of virtually all of their other "total living expenses". Christopher is thus deemed, arbitrarily it seems, to share equally with his father and mother the cost of their charitable donations, chiropractic and physical therapy, and car insurance, and in the father's case car loan payments and meals outside the home as well. Most of these expenditures appear to have little or no connection to Christopher.

135 An additional difficulty arises where the household is not limited to the parent and child alone. In this case, for example, the Court of Appeal noted that the father has remarried (para. 11). It is therefore unclear why 50 percent of *any* — let alone *all* — household expenditures should be attributed to Christopher.

136 However illogical, this 50 percent apportionment was accepted by the parties and relied on by the courts throughout. At this stage, I therefore feel bound to do likewise, albeit reluctantly.

137 Unlike Bastarache J., however, I would not simply take the global monthly expenditure from the parents' budgets. Only two categories or types of expenditures should in my view be equalized between the parents: first the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which

Ces considérations ne permettent pas d'arriver à un chiffre précis — à aucun en fait —, mais elles orientent la détermination du montant approprié de la pension alimentaire.

En l'espèce, nous n'avons que les budgets pour répartir les dépenses des parents en fonction de leurs revenus. Naturellement, les budgets attribuent à Christopher la totalité des dépenses qui lui sont propres (vêtements, repas à l'école, camp d'été, livres, droits de scolarité, activités scolaires, cadeaux offerts à d'autres enfants, etc.).

Les deux parents imputent par ailleurs à Christopher 50 p. 100 de la quasi-totalité de leurs « dépenses courantes globales ». Christopher est donc réputé — ce qui me paraît arbitraire — partager à parts égales avec son père et sa mère les coûts liés à leurs dons de bienfaisance, à leurs traitements de chiropraxie et de physiothérapie, ainsi qu'à l'assurance de leurs autos, et avec son père, les coûts liés au remboursement de son prêt auto et à ses repas à l'extérieur. La plupart de ces dépenses semblent n'avoir qu'un lien ténu avec Christopher, si toutefois elles en ont un.

Une difficulté supplémentaire se pose lorsque le ménage ne comprend pas que le parent et l'enfant. En l'espèce, par exemple, la Cour d'appel a fait remarquer que le père s'était remarié (par. 11). Il est donc difficile de comprendre l'attribution à Christopher de 50 p. 100 des dépenses du ménage, ne serait-ce que pour *un seul poste* — à plus forte raison pour *tous les postes*.

Bien que contraire au bon sens, cette attribution de 50 p. 100 des dépenses à Christopher a obtenu l'assentiment des parties, et les tribunaux inférieurs s'y sont fiés. À ce stade-ci, je m'estime donc tenu de faire de même, mais bien à contrecœur.

Toutefois, contrairement au juge Bastarache, je ne me fierais pas simplement au montant global des dépenses mensuelles des parents selon leurs budgets. À mon avis, seules deux catégories de dépenses devraient être réparties également entre les parents : premièrement, les doublements et autres

s. 9(b) requires us to consider; second, the variable child care costs that might otherwise be shared by the parents.

To begin with, I would thus apportion only duplicated fixed expenditures of the parents (expenditures made by both parents where the expenditure by one does not decrease the expenditure of the other). And I would consider here only the actual, proven and reasonably necessary increased costs inherent in shared custody.

In this regard, it appears from their budgets that the mother spends \$889.49 monthly under the “housing” head of her budget, and the father spends \$738.50. The total of the two is \$1627.99 which, apportioned according to the ratio of their incomes (56:44), invites a monthly equalization payment of \$173.17 by the father to the mother.

The second group of expenditures to be apportioned covers variable costs and disbursements that may be unevenly distributed between the parents. These expenditures should be shared fairly rather than on the basis of who writes the cheque.

For example, one parent may spend more on clothing for the child and on gifts from the child to others because the child prefers to go shopping with that parent. Similarly, one parent may spend more than the other on certain fees (activities, books, tuition, special projects, field trips and summer camp) either because that parent has greater enthusiasm for these activities or is the one who typically enrolls the child. In neither case should the parent who initially covers these costs have to bear them alone.

The kinds of expenditures that lend themselves to this unfairly shared burden are those that the parents spend entirely on Christopher. Variable expenses attributed at 50 percent — for example, for meals outside the home, which are claimed by the father in this case — stand on a different footing, since they benefit both the parent and the child and are generally incurred by both parents in accordance with their respective lifestyles.

coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée dont l'al. 9b) commande l'examen; deuxièmement, les dépenses variables occasionnées par l'enfant et que peuvent par ailleurs se partager les parents.

D'abord, je ne répartirais que les dépenses fixes supportées en double par les parents (lorsque celles de l'un n'ont pas pour effet de réduire celles de l'autre). Et je ne tiendrais compte que des coûts accrus inhérents à la garde partagée qui sont réels, avérés et raisonnablement nécessaires.

À cet égard, les budgets révèlent que les frais mensuels de logement de la mère s'élèvent à 889,49 \$, et ceux du père à 738,50 \$, pour un total de 1 627,99 \$. Si on applique le ratio de leurs revenus (56/44), le paiement d'égalisation est de 173,17 \$, que le père doit verser à la mère chaque mois.

La deuxième catégorie de dépenses devant être réparties est celle des dépenses variables que les parents n'engagent pas à parts égales. Leur attribution devrait se fonder sur l'équité et non sur l'identité du parent qui effectue le paiement.

Par exemple, un parent peut dépenser davantage pour les vêtements de l'enfant et pour les cadeaux offerts à d'autres enfants parce que son rejeton préfère faire ses achats avec lui. De même, un parent peut dépenser davantage pour certaines choses (activités, livres, droits de scolarité, projets spéciaux, excursions scolaires, camp d'été) parce qu'il a plus d'intérêt pour elles ou qu'il a l'habitude de s'en occuper. Dans les deux cas, celui qui engage initialement la dépense ne devrait pas être le seul à la supporter.

Les dépenses qui se prêtent à un tel partage inégal sont celles que les parents engagent uniquement pour l'enfant. Ce n'est pas le cas des dépenses variables attribuées à Christopher à raison de 50 p. 100 — tels les repas à l'extérieur, dans le cas du père — car elles bénéficient à la fois au parent et à l'enfant et, en général, elles sont fonction du mode de vie de chacun des parents.

138

139

140

141

142

143 On the evidence before us, the mother spends \$428.84 per month on Christopher's clothing, school fees, school lunches, school activities, summer camp, gifts from the child to others, and an RESP. The father's expenditures of this sort (he does not contribute to the RESP) amount to \$120 per month. Applying the ratio of incomes as a corrective therefore requires the father to pay \$187.35 to the mother, in addition to the \$173.17 mentioned earlier (in dealing with duplicated fixed costs), or a total of \$360.52 to be paid monthly by Christopher's father to Christopher's mother.

144 I note in passing that the respective Table amounts in this case correspond, almost exactly, to the 56:44 ratio of the parents' incomes: the \$688 payable by the father under the Guidelines is about 56 percent of \$1248 (the sum of the Table amounts), while the \$560 payable by the mother equals about 44 percent. In this way, the simple set-off under s. 9(a) and the ratio method under s. 9(c) are essentially the same mathematical operation applied to different amounts.

145 Now, with the figure of \$360.52 in mind — but making no final determination yet — there are the two non-numerical factors under s. 9(c) that have still to be considered. They must be weighed judicially, not arithmetically. The first is the situation prior to shared custody, and the second is the disparity between the net worth of the parents.

146 For the reasons mentioned above, the mother's reliance on the \$563 per month in child support previously paid to her by the father is a significant factor in this case. To the father's knowledge if not with his actual agreement, the mother purchased a home, cashed in RRSPs and paid tax on them all in the expectation that she would continue to receive the same or a similar amount in the future. That expectation, though understandable, creates no entitlement to continued support at the same level notwithstanding a move to shared custody.

Selon la preuve au dossier, la mère dépense 428,84 \$ par mois pour les vêtements de Christopher, ses droits de scolarité, ses repas à l'école, ses activités scolaires, son camp d'été, les cadeaux qu'il offre à d'autres enfants et son REEE. Les dépenses du père à ce chapitre (il ne contribue pas au REEE) s'élèvent à 120 \$ par mois. Si l'on applique le ratio des revenus pour équilibrer le tout, le père devrait verser à la mère 187,35 \$, plus la somme de 173,17 \$ susmentionnée pour les coûts fixes supportés en double, soit au total 360,52 \$ par mois.

Je signale en passant que les montants figurant dans les tables correspondent à quelques dollars près au ratio des revenus des parents, soit 56/44. La somme de 688 \$ payable par le père selon les lignes directrices représente 56 p. 100 du total des montants figurant dans les tables, soit 1248 \$, et celle exigible de la mère, 560 \$, 44 p. 100. Ainsi, la compensation simple fondée sur l'al. 9a) et le recours à un ratio suivant l'al. 9c) sont essentiellement une même opération mathématique appliquée à des montants différents.

Si l'on retient le montant de 360,52 \$, sans pour autant fixer de montant définitif, il nous faut encore soupeser, pour les besoins de l'al. 9c), les deux facteurs non numériques qui relèvent de l'appréciation des juges, et non de l'arithmétique. Le premier correspond à la situation antérieure à la garde partagée, et le second à la disparité des avoirs nets des parents.

Pour les raisons déjà exposées, le fait que la mère comptait sur la pension alimentaire mensuelle de 563 \$ que lui versait auparavant le père est une considération importante en l'espèce. Au su du père, si ce n'est avec son consentement, la mère a acheté une maison, encaissé l'actif de son REER et payé de l'impôt en conséquence en supposant qu'elle continuerait de toucher le même montant ou à peu près. Bien que compréhensible, cette supposition ne crée aucun droit à une pension alimentaire du même montant une fois que les parents ont convenu de la garde partagée.



The second non-numerical factor to be considered is the disparity between the assets and liabilities of the parents. This factor is relevant for two reasons. First, because assets may create for the parents an opportunity to generate income, increasing their “means” and their ability to provide for the child. Second, a heavy debt load may require that a larger proportion of the parent’s income be put in the service of those debts, decreasing that parent’s ability to contribute to child care.

The disparity in total income involves different considerations that have already been taken into account. As a discrete consideration under s. 9(c), income disparity is relevant to a fair apportionment of total child care expenses and duplicated fixed costs. To make of the relatively moderate earnings disparity in this case an additional, independent factor would undermine the notion that child support is not intended to be a mechanism for equalizing the parents’ incomes.

It is, of course, relatively easy to ventilate in this way the various factors that must be considered in making a s. 9 support order, and far more difficult to assess their combined or cumulative effect. Yet that is the judicial determination required under s. 9 of the Guidelines where, as here, the parties are bound by a shared custody arrangement.

The support previously paid by the access parent to the parent having sole custody is not presumptively applicable to shared custody, even where the fixed costs of the parties are not significantly affected by the change. As I mentioned earlier, however, it is an important consideration in the circumstances of this case. Here, the support previously paid was \$563 per month. The mother incurred fixed costs that were in part a function of the support she was receiving at the time. This, I repeat, must be taken into account, though it creates no entitlement to the same level of support where the parties have moved to shared custody, which is governed by a fundamentally different provision of the Guidelines.

Le deuxième facteur non numérique est la disparité des actifs et des passifs des parents. Ce facteur est pertinent pour deux raisons. Premièrement, l’actif offre aux parents un moyen de générer des revenus de façon à accroître leurs « ressources » et leur capacité de subvenir aux besoins de l’enfant. Deuxièmement, un endettement élevé peut drainer une grande partie du revenu, diminuant ainsi la capacité du parent de contribuer aux besoins de l’enfant.

L’examen de la disparité des revenus globaux des parents fait intervenir des considérations différentes. L’une d’elles, bien distincte et prévue à l’al. 9c), veut que la disparité des revenus importe pour la répartition équitable de l’ensemble des dépenses occasionnées par l’enfant et des coûts fixes supportés en double. En l’espèce, faire de la disparité relativement minime des revenus un facteur additionnel et indépendant irait à l’encontre du principe que la pension alimentaire pour enfants ne vise pas à égaliser les revenus des parents.

Évidemment, il est relativement aisé d’exposer de la sorte les différents facteurs que le tribunal doit prendre en compte pour rendre l’ordonnance alimentaire visée à l’art. 9, mais il est beaucoup plus difficile d’en d’apprécier l’effet conjugué ou cumulatif. C’est pourtant ce qu’exige du tribunal l’art. 9 des lignes directrices, qui s’applique aux parties liées par un accord de garde partagée, comme en l’espèce.

La pension alimentaire que versait le parent bénéficiant d’un droit d’accès à celui qui avait la garde exclusive de l’enfant n’est pas présumée exigible si la garde devient partagée, même lorsque les coûts fixes des parties ne sont pas sensiblement modifiés. Toutefois, je rappelle qu’il s’agit d’une considération importante en l’espèce. La pension alimentaire versée par le père s’élevait à 563 \$, et les coûts fixes de la mère en dépendaient en partie. Il faut, je le répète, en tenir compte même si cette pension alimentaire n’est pas acquise une fois que les parties optent pour la garde partagée, laquelle est régie par une disposition fondamentalement différente des lignes directrices.

147

148

149

150

151 Bearing in mind all of the circumstances, I believe that the situation prior to shared custody and the disparity in the net worth of the parties together militate in favour of a support order in the \$500 range. Other important factors, however, point to a significantly lower amount: notably, the \$360.52 derived by apportioning the relevant child care costs according to the respective incomes of the parents and, more strikingly still, the set-off amount of \$128, which must also be taken into account pursuant to s. 9(a) of the Guidelines. These are both mandatory considerations in determining child support in cases of shared custody. To attribute little or no importance to them is to impermissibly ignore the plain words of s. 9, read as a whole.

## VII

152 For all of the foregoing reasons and with respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal.

153 The motions judge ordered Christopher's father to pay Christopher's mother support for their child that amounts in effect to \$50 per month. The Divisional Court substituted an award of \$688. I agree with the Court of Appeal that the motions Judge and the Divisional Court both erred in their application of s. 9 of the Guidelines and both reached unacceptable results.

154 The Court of Appeal substituted a support order of \$399.61. This award lies within the acceptable range that is in each case determined by applying to the facts, in a principled manner, all of the relevant factors set out by Parliament in s. 9 of the Guidelines. Except as indicated, I believe the Court of Appeal set out the basic principles correctly. Its unfortunate observation as to the permissible use in some circumstances of a "stock multiplier" of 1.5 had no bearing at all on its conclusion, and the limited effect of its resort to a multiplicative factor of 1.67 is adequately compensated by the other factors I have mentioned.

Au vu de toutes les circonstances, j'estime que la situation antérieure à la garde partagée et la disparité des avoirs nets des parties militent toutes deux en faveur d'une ordonnance alimentaire de l'ordre de 500 \$. Cependant, d'autres facteurs importants suggèrent un montant nettement inférieur : en particulier, le montant de 360,52 \$ obtenu après répartition des dépenses pour l'enfant en fonction des revenus respectifs des parents et, surtout, celui de 128 \$ issu de la compensation, dont il faut également tenir compte suivant l'al. 9a). Il s'agit de deux considérations obligatoires pour la détermination du montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. Leur accorder une importance minimale ou ne leur en accorder aucune revient à faire fi, de manière inacceptable, du libellé clair de l'art. 9 considéré dans son ensemble.

## VII

Pour tous ces motifs et avec déférence pour ceux qui diffèrent d'opinion, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

La juge des requêtes a ordonné au père de payer à la mère, pour Christopher, une pension alimentaire dont le montant est en réalité de 50 \$ par mois. La Cour divisionnaire a porté ce montant à 688 \$. Comme la Cour d'appel, j'estime que la juge des requêtes et la Cour divisionnaire ont appliqué erronément l'art. 9 des lignes directrices et sont arrivées à des résultats inacceptables.

La Cour d'appel a ramené le montant de la pension alimentaire à 399,61 \$, ce qui se situe dans les limites acceptables établies, dans chaque cas, en appliquant aux faits, de façon raisonnée, tous les facteurs pertinents énoncés par le législateur à l'art. 9 des lignes directrices. Sauf indication contraire, j'estime que la Cour d'appel a bien exposé les principes de base. Sa malencontreuse observation concernant la possibilité de recourir, dans certaines circonstances, à un « multiplicateur type » de 1,5 n'a nullement entaché sa conclusion, et son recours restreint à un facteur multiplicatif de 1,67 est amplement contrebalancé par les autres éléments que j'ai mentionnés.

I have followed a somewhat different path in pursuing the same quest as the Court of Appeal. But I have arrived at a similar result.

Trial judges are required to exercise their discretion in fashioning s. 9 support orders, and there is no single methodology that best ensures an appropriate result. If the route I have chosen resembles a trial-like exercise, this should be taken as guidance meant to be helpful by example, and not just by exposition.

Finally, I agree that there should be no order as to costs.

#### APPENDIX

*Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)

##### 26.1 . . .

(2) [Principle] The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

*Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175

1. [Objectives] The objectives of these Guidelines are

- (a) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;
- (b) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;
- (c) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and
- (d) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

J'ai emprunté une voie quelque peu différente pour atteindre le même objectif, mais le résultat est similaire à celui obtenu par la Cour d'appel.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire s'impose pour rendre l'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9, et aucune méthode n'est la meilleure pour assurer l'obtention d'un résultat approprié. Si ma démarche s'apparente à celle d'un tribunal de première instance, il faut y voir le dessein de procéder par voie d'illustration plutôt que d'exposé.

Enfin, je conviens de ne rendre aucune ordonnance relative aux dépens.

#### ANNEXE

*Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.)

##### 26.1 . . .

(2) [Principe] Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

*Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175

1. [Objectifs] Les présentes lignes directrices visent à :

- a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;
- b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;
- c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;
- d) assurer un traitement uniforme des époux et [des] enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

155

156

157

**3. (1)** [Presumptive rule] Unless otherwise provided under these Guidelines, the amount of a child support order for children under the age of majority is

- (a) the amount set out in the applicable table, according to the number of children under the age of majority to whom the order relates and the income of the spouse against whom the order is sought; and
- (b) the amount, if any, determined under section 7.

(2) [Child the age of majority or over] Unless otherwise provided under these Guidelines, where a child to whom a child support order relates is the age of majority or over, the amount of the child support order is

- (a) the amount determined by applying these Guidelines as if the child were under the age of majority; or
- (b) if the court considers that approach to be inappropriate, the amount that it considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the child and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the child.

. . . .

**4.** [Incomes over \$150,000] Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over \$150,000, the amount of a child support order is

- (a) the amount determined under section 3; or
- (b) if the court considers that amount to be inappropriate,
  - (i) in respect of the first \$150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates;
  - (ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and
  - (iii) the amount, if any, determined under section 7.

**3. (1)** [Règle générale] Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'enfants mineurs est égal à la somme des montants suivants :

- a) le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance et le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande;
- b) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

(2) [Enfant majeur] Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant majeur visé par l'ordonnance est :

- a) le montant déterminé en application des présentes lignes directrices comme si l'enfant était mineur;
- b) si le tribunal est d'avis que cette approche n'est pas indiquée, tout montant qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant.

. . . .

**4.** [Revenu supérieur à 150 000 \$] Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 \$, le montant de l'ordonnance est le suivant :

- a) le montant déterminé en application de l'article 3;
- b) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué :
  - (i) pour les premiers 150 000 \$, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance,
  - (ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire,
  - (iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

5. [Spouse in place of a parent] Where the spouse against whom a child support order is sought stands in the place of a parent for a child, the amount of a child support order is, in respect of that spouse, such amount as the court considers appropriate, having regard to these Guidelines and any other parent's legal duty to support the child.

. . .

7. (1) [Special or extraordinary expenses] In a child support order the court may, on either spouse's request, provide for an amount to cover all or any portion of the following expenses, which expenses may be estimated, taking into account the necessity of the expense in relation to the child's best interests and the reasonableness of the expense in relation to the means of the spouses and those of the child and to the family's spending pattern prior to the separation:

(a) child care expenses incurred as a result of the custodial parent's employment, illness, disability or education or training for employment;

(b) that portion of the medical and dental insurance premiums attributable to the child;

(c) health-related expenses that exceed insurance reimbursement by at least \$100 annually, including orthodontic treatment, professional counselling provided by a psychologist, social worker, psychiatrist or any other person, physiotherapy, occupational therapy, speech therapy and prescription drugs, hearing aids, glasses and contact lenses;

(d) extraordinary expenses for primary or secondary school education or for any other educational programs that meet the child's particular needs;

(e) expenses for post-secondary education; and

(f) extraordinary expenses for extracurricular activities.

(2) [Sharing of expense] The guiding principle in determining the amount of an expense referred to in subsection (1) is that the expense is shared by the spouses in proportion to their respective incomes after deducting from the expense, the contribution, if any, from the child.

. . .

5. [Époux tenant lieu de père ou de mère] Si l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire tient lieu de père ou de mère à l'égard d'un enfant, le montant de l'ordonnance pour cet époux est le montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des présentes lignes directrices et de toute autre obligation légale qu'a un autre père ou mère pour le soutien alimentaire de l'enfant.

. . .

7. (1) [Dépenses spéciales ou extraordinaires] Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, prévoir dans l'ordonnance alimentaire une somme, qui peut être estimative, pour couvrir tout ou partie des frais ci-après, compte tenu de leur nécessité par rapport à l'intérêt de l'enfant et de leur caractère raisonnable par rapport aux ressources des époux et de l'enfant et, le cas échéant, aux habitudes de dépense de la famille avant la séparation :

a) les frais de garde de l'enfant engagés pour permettre au parent en ayant la garde d'occuper un emploi, ou de poursuivre des études ou de recevoir de la formation en vue d'un emploi, ou engagés en raison d'une maladie ou d'une invalidité du parent;

b) la portion des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant;

c) les frais relatifs aux soins de santé dépassant d'au moins 100 \$ par année la somme que la compagnie d'assurance rembourse, notamment les traitements orthodontiques, les consultations professionnelles d'un psychologue, travailleur social, psychiatre ou toute autre personne, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'orthophonie, les médicaments délivrés sur ordonnance, les prothèses auditives, les lunettes et les lentilles cornéennes;

d) les frais extraordinaires relatifs aux études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif qui répond aux besoins particuliers de l'enfant;

e) les frais relatifs aux études postsecondaires;

f) les frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires.

(2) [Partage des dépenses] La détermination du montant des dépenses aux termes du paragraphe (1) procède du principe qu'elles sont partagées en proportion du revenu de chaque époux, déduction faite de la contribution fournie par l'enfant, le cas échéant.

. . .

**8.** [Split custody] Where each spouse has custody of one or more children, the amount of a child support order is the difference between the amount that each spouse would otherwise pay if a child support order were sought against each of the spouses.

**9.** [Shared custody] Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

- (a) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;
- (b) the increased costs of shared custody arrangements; and
- (c) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

**10.** (1) [Undue hardship] On either spouse's application, a court may award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9 if the court finds that the spouse making the request, or a child in respect of whom the request is made, would otherwise suffer undue hardship.

*Appeal allowed, FISH J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: MacDonald & Partners, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Bastedo Stewart Smith, Toronto.*

**8.** [Garde exclusive] Si les deux époux ont chacun la garde d'un ou de plusieurs enfants, le montant de l'ordonnance alimentaire est égal à la différence entre les montants que les époux auraient à payer si chacun d'eux faisait l'objet d'une demande d'ordonnance alimentaire.

**9.** [Garde partagée] Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

- a) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;
- b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;
- c) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

**10.** (1) [Difficultés excessives] Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives.

*Pourvoi accueilli, le juge FISH est dissident.*

*Procureurs de l'appelante : MacDonald & Partners, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Bastedo Stewart Smith, Toronto.*