

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

29/07/CA

Ms. P.H.

(Respondent)

APPELLANT

- and -

Mr. P.H.

(Petitioner)

RESPONDENT

Ms. P.H. v. Mr. P.H., 2008 NBCA 17

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
February 2, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 31

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
September 12, 2007

Judgment rendered:
February 21, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice B. Richard Bell

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

M^{me} P.H.

(Intimée)

- et -

M. P.H.

(Requérant)

M^{me} P.H. c. M. P.H., 2008 NBCA 17

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 2 février 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 31

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 12 septembre 2007

Jugement rendu :
Le 21 février 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge B. Richard Bell

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Brenda G. Noble, Q.C.
and Nadia M. MacPhee

For the respondent:
Mr. P.H. appeared in person

THE COURT

The appeal is allowed with costs. There will be an order to: (1) increase the appellant's share of the non-marital assets from \$70,000 to \$185,500; (2) require the respondent pay child support arrears of \$26,864.39 forthwith; (3) increase the security on the respondent's property at Lake Utopia, New Brunswick to \$253,083.01; (4) set aside the mortgage to S.F. dated February 3, 2006; and, (5) increase the costs awarded at trial to \$20,325 plus reasonable disbursements. In all other respects the decision of the trial judge is confirmed. In addition there will be costs on appeal of \$8,130.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Brenda G. Noble, c.r.,
et Nadia M. MacPhee

Pour l'intimé :
M. P.H. a comparu en personne

LA COUR

L'appel est accueilli avec dépens. Ordonnance sera rendue (1) portant la part des actifs non matrimoniaux de l'appelante de 70 000 \$ à 185 500 \$; (2) obligeant l'intimé à verser sur-le-champ 26 864,39 \$ en arriéré de pension alimentaire au profit des enfants; (3) portant à 253 083,01 \$ la sûreté grevant le bien-fonds que l'intimé possède au lac Utopia, au Nouveau-Brunswick; (4) annulant l'hypothèque consentie à S.F. en date du 3 février 2006; et (5) portant à 20 325 \$, plus les débours raisonnables, les dépens adjugés au procès. À tous autres égards, la décision du juge du procès est confirmée. De plus, les dépens afférents à l'appel sont fixés à 8 130 \$.

The judgment of the Court was delivered by

BELL, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench dated February 2, 2007 (2007 NBQB 31). The issues raised must be considered against the history of the case, which features several instances of abuse of the judicial process. That abuse occurred while the respondent was self-represented and included his blatant refusal to comply with court orders and other tactics which unnecessarily lengthened the duration of the proceedings. The record demonstrates there were at least seven court orders made prior to the opening day of trial, one of which was necessary because the respondent refused to provide financial statements and tax returns. Two appearances were necessary in order for the Court of Queen's Bench to deal with applications by the respondent for removal of counsel. In addition, a settlement conference was aborted due to the respondent's failure to provide financial information and a pre-settlement conference brief.

[2] The parties were married on September 14, 1990, resided together as husband and wife for approximately 9 years and separated on February 15, 2000. They have not cohabited since that date. The divorce judgment took effect on March 10, 2007. There are two children of the marriage as defined by the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp). The parties resolved all issues of custody and access through a consent order dated December 11, 2000. They proceeded to trial over a period of twelve days between February 13 and August 24, 2006 on issues of child support, spousal support, and evaluation and division of marital and non-marital (business) assets.

[3] The trial judge fixed a date other than the date of separation as the valuation date for the business assets, ordered arrears of support due to the appellant from the respondent be paid on a monthly basis, and, following a motion by the appellant,

refused to set aside the respondent's February 3, 2006 conveyance of marital property to his present partner, S.F. The trial judge awarded \$7,500.00 in costs payable to the appellant.

- [4] The appellant asks that the decision of the trial judge be varied to: (1) reflect the valuation of the business assets as at February 15, 2000, the date of separation; (2) require the respondent make a lump sum payment respecting arrears of child support; (3) set aside the respondent's conveyance of marital property to S.F.; and (4) increase the costs awarded at trial. I am of the opinion the issues raised in (1) and (3) are questions of law or mixed fact and law which entitle this Court to intervene in the event the trial judge erred. The issues raised in (2) and (4) are matters within the discretion of the trial judge, and, as such, our review of his determination on those issues must be based upon the most deferential of standards: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 SCC 33.

II. Valuation Date

- [5] At the time of separation, the respondent held corporate interests in four companies. The evidence is unequivocal that he wasted assets following the parties' separation. Some examples include a \$230,000.00 inter-company loan from what was then a solvent company to an improvident one, the transfer of his interest in a salmon aquaculture site license at less than fair market value, the provision of trucking and other construction services through his paving company to S.F. and others without compensation, and the failure to account for insurance proceeds following the destruction of a \$150,000 watercraft in an accident. Also, one must consider the direct expense and the loss of opportunity which resulted from his having spent significant portions of the winters of 2004 and 2005 in Naples and Marco Island, Florida.

- [6] The appellant does not contest the trial judge's conclusion she is entitled to a 20% interest in the business assets; however, she argues the appropriate valuation date is the date of separation. The estimated fair market value of those assets at the time

of separation was, according to the expert evidence accepted at trial, a low of \$825,000 and a high of \$1,030,000. The mid-point of that range is \$927,500. The trial judge used the trial date as the valuation date and concluded “there should legitimately be \$350,000 [of business assets] left”. He awarded the appellant 20% of that amount, namely, \$70,000.

[7] In *Miller v. Miller* (2003), 259 N.B.R. (2d) 132, [2003] N.B.J. No. 170 (QL), 2003 NBCA 37 the Court considered the valuation of stock options following dissolution of the marriage and concluded the date of separation is typically used for valuation purposes. See also *Fraser v. Fraser* (1983), 47 N.B.R. (2d) 364 (C.A.), [1983] N.B.J. No. 14 (QL) in which the Court dealt with the valuation date for both marital and non-marital property. The appellant requests this Court follow *Miller* and the decisions in *MacElwain v. MacElwain* (2006), 294 N.B.R. (2d) 111, [2006] N.B.J. No. 13 (QL), 2006 NBQB 19; and *Khoury v. Khoury* (1994), 149 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1994] N.B.J. No. 188 (QL), where the trial judges accepted the date of separation as the most appropriate valuation date for non-marital assets.

[8] In my view, the general rule is that non-marital assets are to be valued as at the date of separation. This prevents the intentional wasting of assets and permits the spouse in control of those assets to reap the benefits of his or her business acumen post separation.

[9] In choosing to use a valuation date other than the date of separation, the trial judge took into consideration the post-separation business losses resulting from a decline in the salmon aquaculture industry, the industry in which the respondent was principally engaged at the time of separation. On the facts of this case, it is my opinion the trial judge erred in considering those losses. The estimate of value prepared by Deloitte & Touche LLP is dated February 2, 2006. The author of that report, Mr. Brian Dunstan, notes that as at February 15, 2000 (the date of separation), the salmon aquaculture industry faced significant challenges due to increased competition and environmental issues. Mr. Dunstan also observes that the price of salmon dropped in

1999 due to a large increase in world salmon production and that there existed significant risk of loss due to disease and weather. Deloitte & Touche clearly factored the pre-separation drop in salmon prices into its valuation.

[10] Those observations were not lost on the trial judge. At paragraph 70, he concludes:

Mr. Dunstan's valuations as evident on the evidence, took appropriate consideration of economic considerations and industry outlook and [sic] valuations are couched in industry context, the realization of significant challenges in the business due to increased competition and environmental issues, the risk of disease and weather related losses. [...]

[11] Furthermore, the trial judge acknowledged Mr. Dunstan used multipliers for determining fair market value which reflected the risky and cyclical nature of the business. Given the trial judge's findings, I am of the view he double counted losses in adjusting the valuation date to account for post-separation business decline in the salmon industry. Those issues had already been factored into the expert report. In my opinion, twice considering the same risk constitutes an error of both fact and law.

[12] Other business losses which occurred post-separation include the wasting of assets alluded to earlier in these reasons. I am of the opinion the appellant should not share in those losses. I am therefore of the view her interest in non-marital property should be valued at \$185,500 (20% of \$927,500) rather than \$70,000 (20% of \$350,000).

III. Child Support Arrears as of May 1, 2006

[13] The respondent owed \$26,864.39 in arrears of child support as at May 1, 2006. The arrears accumulated while he wasted assets as previously discussed in these reasons. The trial judge ordered the arrears be paid at the rate of \$300 dollars per month. However, he offered no rationale for his conclusion that \$300 is reasonable in the

circumstances. Furthermore, the monthly payment order was made despite findings by the trial judge that the respondent had previously been found in contempt of court, had been uncooperative with respect to child support, and that his credibility was questionable. The Supreme Court, in *D.B.S. v. S.R.G.*; *L.J.W. v. T.A.R.*; *Henry v. Henry*; *Hiemstra v. Hiemstra*, [2006] 2 S.C.R. 231, [2006] S.C.J. No. 37, 2006 SCC 37, discusses the nature of the parental obligation to support children. It is clear from that case that child support obligations must take priority over personal expenditures.

[14] The decision regarding the method by which arrears are to be paid is a discretionary one subject to considerable deference by this Court. Courts of Appeal may only interfere with the exercise of discretion by a trial judge in the event he or she errs in his or her application of the governing law or principles, seriously misapprehends the evidence, or if the decision is manifestly wrong (see generally, *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 SCC 71; *Boston v. Boston*, [2001] 2 S.C.R. 413, [2001] S.C.J. No. 45 (QL), 2001 SCC 43; *S.H. v. V.B.* (2007), 321 N.B.R. (2d) 314, [2007] N.B.J. No. 368 (QL), 2007 NBCA 69; *LeBlanc v. St. Coeur et al.* (2007), 313 N.B.R. (2d) 341, [2007] N.B.J. No. 155 (QL), 2007 NBCA 32 para. 6; *Doiron v. Haché* (2005), 290 N.B.R. (2d) 79, [2005] N.B.J. No. 347 (QL), 2005 NBCA 75, para. 57; and cases cited therein regarding appellate review of discretionary decisions).

[15] With respect, I am of the opinion the discretionary decision at issue is open to appellate review on two fronts. Firstly, there is no analysis on the record which indicates the basis upon which the trial judge concludes \$300 per month constitutes a reasonable amount toward payment of the arrears in child support. Given the absence of such an analysis, this Court may justifiably substitute its own conclusions for those of the trial judge. Secondly, I consider the decision to order the retirement of \$26,864.39 of accumulated debt via payments of \$300 per month, on the facts of this case, to be manifestly wrong and demonstrative of a misapprehension of the evidence. The arrears accumulated without any compensation for interest, and, if the order is allowed to stand, those arrears will be paid without interest over a period of approximately 7½ years. The

appellant must not be placed in a situation in which she finances the respondent's decision to disregard his court ordered financial responsibilities to his children. I am of the view the amount due as of May 1, 2006, being \$26,864.39, should be paid in one lump sum payment.

IV. Mortgage on marital home in favour of S.F.

[16] The Court dealt with an application to set aside a conveyance in *Northumberland Co-operative Ltd. v. Glover* (2001), 243 N.B.R. (2d) 44, [2001] N.B.J. No. 381 (QL), 2001 NBCA 96. In that case, because the moving party joined the mortgagee, the issue of relief against a non-party did not arise. This is therefore the first occasion for this Court to consider whether the mortgage of an interest in a marital home may be set aside where the mortgagee is not a party to the proceeding.

[17] On December 11, 2000, a judge of the Court of Queen's Bench ordered that neither the respondent nor the appellant could "dispose of or encumber any marital or non-marital property" without the written consent of the other. Section 19(1) of the *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, provides that no spouse shall make a disposition of any interest in a marital home, subject to a list of enumerated exceptions, none of which is applicable in the present case. Despite the provisions of the *Marital Property Act* and the Court Order of December 11, 2000, the respondent, on February 3, 2006, placed a mortgage in the amount of \$100,000 on a marital home located at Lake Utopia, in favour of S.F., his present partner.

[18] At the outset of the trial, counsel for the appellant gave oral notice of a motion for an order to set aside the mortgage in question. She informed the court she intended to rely upon evidence which would be elicited from S.F. and the respondent. The trial judge concluded, at para. 450, that "such remedy can only be considered in an action appropriately constituted with all appropriate parties". Because S.F. was not a party to the litigation, he dismissed the motion. Three issues arise as a result of the trial judge's decision. Firstly, this Court must determine whether a mortgage can be set aside

regardless of whether the mortgagee is named as a party. Secondly, presuming the answer to the first question is ‘yes’, this Court must consider the need for notice of the motion to the mortgagee. Finally, presuming the mortgagee must be given notice, this Court must consider whether S.F. received adequate notice in the circumstances of this case.

A. *Must the mortgagee be a party to the proceeding in order to set aside the conveyance?*

[19] Section 22(d) of the *Marital Property Act* provides that a spouse may bring an application to set aside a conveyance made in contravention of s. 19(1). I am of the view a spouse’s options for relief are not limited to an application (originating process) brought pursuant to s. 22(d). To conclude otherwise would seriously limit the usefulness of Rules 73.08 and 74.01 of the *Rules of Court*. Rule 73.08 provides that the court may determine “any issue related to a claim whether or not such issue is specifically referred to in the Notice of Application”. In the present case, the conveyance of February 3, 2006 and the motion by the appellant are clearly related to the claims for division of property. Rule 74.01 provides that a person may seek relief “under the *Marital Property Act* in any proceeding commenced under these rules”. The trial judge was adjudicating upon a proceeding properly commenced under the applicable Rules. In addition, I note Rule 73.07 contemplates the issuance of notice to a non-party where his or her interest may be affected. These Rules, designed specifically to deal with matrimonial matters, demonstrate the intention of the Lieutenant-Governor in Council to limit the opportunity for multiplicity of proceedings and delays.

[20] In my opinion there exists no impediment to an oral request that a conveyance be set aside where, as here, the matter is properly before the court pursuant to the *Marital Property Act* and there exists a connection between the motion and the relief sought in the originating process. Thus, I am of the view the learned trial judge erred in law when he concluded the appellant was required to join S.F. as a party to the ongoing litigation (whether by amending the existing pleadings or commencing a new application under the *Marital Property Act* and seeking joinder) in order to address the issue of the allegedly unlawful conveyance.

B. *Necessity of notice to the Mortgagee*

[21] Section 19(2) of the *Marital Property Act* is designed to ensure a mortgagee has the opportunity to prove he or she acquired his or her interest “for value, in good faith and without notice that the property was at the time of the disposition a marital home”. It follows that a mortgagee must receive adequate notice of any motion or application to set aside his or her mortgage. Otherwise, a mortgagee could be denied his or her rights without notice, something equity would not tolerate. See also, Rule 73.07(2) concerning the court’s discretion to order that notice be provided to non-parties.

C. *Adequacy of the notice in the circumstances*

[22] The question that arises in the present case is whether formal service of a notice of motion was required upon S.F., and, if not, whether, in the circumstances, she received adequate notice of the motion to set aside the mortgage. The record shows S.F. accompanied the respondent to the hearing of a related motion on January 25, 2006. At that time, and at all times subsequent, the December 11, 2000 order of the Court of Queen’s Bench prohibiting any conveyance of marital or non-marital property was in force. At the January 25th appearance, counsel for the appellant, in the presence of S.F., informed the Court the Lake Utopia property was a marital home and that she was contemplating having a lien placed against it or placing it for sale in order to satisfy the husband’s arrears. Nine days later and ten days prior to trial, the respondent mortgaged the property to S.F.

[23] S.F. was also present with the respondent at the trial on February 13, 14, 15, 16, and 20, 2006. She testified on February 16 and 20. She was present on February 13 during the following exchange between counsel for the appellant and the trial judge which followed his enquiry as to whether there were any preliminary matters:

NOBLE: Certainly. Since we were last in court the Court may recall we had requested a lean (sic) be placed on the Lake Utopia property which was in the joint names of the

parties. In fact, what [the Husband] did on February 3rd is convey a mortgage to his common law spouse in the amount of \$100,000.00 on that property. We have a serious difficulty with that. This is just par for the course of what we've been going through for six years.

[...]

NOBLE: So, we will be requesting that the Court set that document aside.

COURT: Thank you. Do you mean that a mortgage was placed on the Lake Utopia property since our last court date?

NOBLE: Since our last court date within about a week. It was February 3rd it was registered, which purports to be a collateral mortgage securing a hundred thousand promissory note from Miss [S.F.].

COURT: Wasn't there a Section 11 order saying that the properties would not be encumbered or ---

NOBLE: Since December of 2000, yes.

[...]

COURT: Okay, there was a court order in December 2000 saying that none of the parties shall encumber any marital property or non marital property - even if it wasn't marital property.

NOBLE: Yes.

COURT: So, you're suggesting that there's been a flagrant contempt of court subsequent to our last date?

NOBLE: That would be my suggestion.

[24]

On February 13, the discussion between the trial judge and counsel for the appellant concerning the oral notice of motion concluded with the following comments from the trial judge:

[...] at this point in time without evidence the Court only acts on evidence and these are only representations being made. But the Court appreciates what counsel is doing is giving the Court the opportunity to know by virtue of preliminary remarks what it may be facing if in fact this is proven to be true on an evidentiary basis.

[Emphasis added.]

[25] Those comments by the judge, made in the presence of S.F., demonstrate the motion made by the appellant at the outset of the trial would be considered by him based upon the evidence adduced at trial. S.F. was further alerted to the fact the mortgage was under attack when, on February 14, during the respondent's testimony, the mortgage document was marked as exhibit number 8 and was referred to by the trial judge as the "so-called mortgage". On February 16, the respondent, in response to questions about the recently mortgaged property said "It's in both of [our names], mine and [the appellant's], the Lake Utopia". On February 16, S.F. commenced her testimony. Soon after being called to the witness stand, she began objecting to questions put to her. In providing direction to S.F. as to why she was required to answer the questions, the trial judge put the issue of the mortgaged property squarely to her. He said, "There has also been mention of a property and I don't know too much about that yet so we will see where that goes".

[26] During S.F.'s testimony the following exchange occurred between her and counsel for the appellant.

Q. Could you tell me why there was a collateral mortgage placed then?

A. Because after court on January 25th, I think the date was, when I realized that there was a chance that you may want to sell the house there, I did not want to jeopardize losing the home that I have invested in for my two children, and that I lived in and that I gave up my house on Deer Island and I moved, I changed lives.

Q. Just to clarify. You were aware after the January hearing that there was a possibility of that property being sold?

A. You had spoke of that there could be assets sold, one of which was the house that I reside in with my two children and to protect my interests, the mortgage was put in place.

[...]

Q. Who owns it?

A. [The respondent] and [appellant] I've been told.

Q. You are aware that her name is on the deed?

A. I did not know her name was on the deed. I didn't ask to ever see the deed. I just assumed because his name is not on the deed [to another marital property] but I believe that he is entitled to 50 per cent of it.

This exchange demonstrates the appellant fully intended to continue her attack upon the legitimacy of the mortgage to S.F. from the respondent. The evidence in support of the motion was consistent with that communicated in the oral notice of motion made at the outset of the trial.

[27] On February 21, 2006, shortly after S.F. had completed her testimony, the appellant filed a formal Notice of Motion in which she repeated her earlier oral Notice of Motion for an order to set aside the mortgage. Following the filing of the formal motion, S.F. did not accompany the respondent to court. Eight unsuccessful attempts were made to serve S.F. with a copy of the formal Notice prior to the conclusion of the trial.

[28] Much of the testimony of the respondent and S.F. dealt with the February 3, 2006 conveyance. S.F. acknowledges being present during the respondent's testimony. In addition to the excerpts from the transcript referred to herein, numerous other exchanges occurred between the trial judge and counsel for the appellant in S.F.'s presence regarding the motion to set aside the mortgage. During none of those exchanges can it be said that counsel for the appellant indicated any intention to abandon the motion.

I consider S.F. was, from the opening day of the trial, keenly aware the trial judge intended to adjudicate upon whether the mortgage she held on the marital home should be set aside.

[29] While it is preferred that counsel file and serve formal notices of motion in relation to new matters they intend to raise at trial, there is no rule of practice requiring same. Drapeau J.A. (as he then was) reached this conclusion in *Conseil de la magistrature (N.-B.) v. Moreau-Bérubé* (1999), 217 N.B.R. (2d) 230 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 336 (QL), paras. 3-5. In the event such a rule of practice existed, the result would be extensive delays and duplications in the judicial process. Where the order sought is sufficiently clear, the evidence to be relied upon is fully disclosed, and where oral notice is timely, written notice may not be required. On the facts of this case, given the clarity of the order sought, the statements by counsel for the appellant as to the evidence to be relied upon, the admission of S.F. regarding her understanding of the request made on January 25, 2006, her admission she was present for the respondent's testimony, and her own testimony at trial, I am satisfied she had adequate notice of the appellant's motion to set aside the mortgage. S.F.'s response to that notice was to stop attending the trial proceedings. Furthermore, given the eight unsuccessful attempts to serve S.F. with the formal Notice of Motion, in the relatively small community of Lake Utopia, I infer she was evading service.

[30] Having concluded S.F. had adequate notice of the motion to set aside the mortgage, I am of the view the trial judge erred in not having granted the motion. The evidence in support of the motion was overwhelming. Given S.F.'s own testimony, it cannot be said that she acquired the interest "in good faith" and "without notice that the property was ... a marital home" within the meaning of s. 19(2) of the *Marital Property Act*. The trial judge's dismissal of the motion resulted from a misapprehension of the evidence, and an erroneous interpretation of the law. I would therefore set aside the mortgage from the respondent to S.F. dated February 3, 2006.

[31] At paragraph 482, the trial judge ordered security in the amount of \$110,718.62 in favour of the appellant to be placed upon the marital home at Lake Utopia. I would increase that amount to \$253,083.01 to include the appellant's additional share of non-marital assets (\$115,500.00) and the lump sum payment of child support arrears (\$26,864.39). I would note parenthetically that S.F. testified she made a financial investment in the Lake Utopia property several years prior to the placement of the mortgage. To the extent she did, nothing herein precludes a claim for unjust enrichment or any other remedy by her against the respondent. A judgment following any such claim, would, of course, rank below the security granted in this decision.

[32] In summary, in the circumstances of this case, and having regard to Rule 73 there was no need to add S.F. as a party to the proceeding in order to set aside the mortgage to her. The respondent granted that conveyance with full knowledge of the outstanding court order which prohibited such conveyances. Moreover, the record demonstrates that S.F. had notice of the motion to set aside the mortgage and fully supports the inference that S.F. evaded service of the formal Notice of Motion. In the circumstances, it would be unconscionable to insist the appellant add S.F. as a party or institute a new proceeding in order to obtain relief.

IV. Costs

[33] The trial judge is vested with a very broad discretion in relation to assessing costs. The exercise of that discretion will not be interfered with unless manifestly wrong: *Comeau v. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 N.B.R. (2d) 201, [2001] N.B.J. No. 450 (QL), 2001 NBCA 113.

[34] In fixing an award of costs Rule 59.02 permits the court to consider, among other factors, the amount claimed and recovered, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, the conduct of any party which tends to lengthen the duration of the proceedings and any improper or vexatious conduct. In the present case, the evidence and arguments took a combined court time of approximately

twelve days. Much of that time was necessary due to the respondent's failure to be forthright about his business dealings and his attempts to dismiss or avoid questions regarding the wasting of assets. The placement of a mortgage in violation of a court order constitutes vexatious and improper conduct. All of these tactics tended to unnecessarily lengthen the proceedings.

[35] Given the observations made in this decision about the respondent's conduct and the appellant's success on matters involving spousal and child support and division of assets, I can make no conclusion other than the award of costs by the trial judge is manifestly wrong and demonstrates a misapprehension of the evidence. In my view the facts of this case justify applying Rule 59, Tariff A, Scale 5 to an amount of \$300,000 for an award of costs of \$20,325 plus reasonable disbursements. The Court ruled on the appropriateness of applying the Tariff under Rule 59 in *Rademaker v. Rademaker* (2002), 251 N.B.R. (2d) 177, [2002] N.B.J. No. 218 (QL), 2002 NBCA 47. See also *Stewart v. Stewart* (2007), 214 Man.R. (2d) 199, [2007] M.J. No. 178 (QL), 2007 MBCA 66, where the Court affirmed an award of costs of \$36,188.25 following a trial that lasted 8 ½ days, albeit in circumstances in which a formal offer to settle had been made pursuant to the applicable rules in Manitoba.

V. Conclusion

[36] I would allow the appeal and make an order to (1) increase the appellant's share of the non-marital assets from \$70,000 to \$185,500; (2) require the respondent pay child support arrears of \$26,864.39 forthwith; (3) increase the security on the respondent's property at Lake Utopia, New Brunswick to \$253,083.01; (4) set aside the mortgage to S.F. dated February 3, 2006; and (5) replace the costs of \$7,500 awarded at trial with costs of \$20,325 plus reasonable disbursements. In all other respects I would confirm the decision of the trial judge.

[37] In addition, I would award the appellant costs on appeal of \$8,130.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine datée du 2 février 2007 (2007 NBBR 31). Les questions à trancher doivent être examinées dans le contexte de l'affaire qui comporte plusieurs cas d'abus de procédure. Au nombre de ces abus qui se sont produits lorsque l'intimé se représentait lui-même, il y a le refus flagrant de se conformer à des ordonnances judiciaires et d'autres tactiques qui ont indûment prolongé la durée des procédures. Le dossier montre qu'au moins sept ordonnances ont été rendues avant le jour de l'ouverture du procès, dont une à cause du refus de l'intimé de produire ses états financiers et déclarations de revenus. Il a fallu deux comparutions pour permettre à la Cour du Banc de la Reine de statuer sur les demandes de l'intimé qui voulait faire déclarer son avocat inhabile. De plus, une conférence de règlement amiable a avorté en raison de l'omission par l'intimé de produire des renseignements financiers ainsi qu'un mémoire préalable à la conférence de règlement.

[2] Les parties se sont mariées le 14 septembre 1990, ont vécu ensemble comme mari et femme pendant environ neuf ans et se sont séparées le 15 février 2000. Elles ne cohabitent plus depuis cette date. Le jugement de divorce est entré en vigueur le 10 mars 2007. Il y a deux enfants à charge au sens de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). Les parties se sont entendues sur toutes les questions entourant la garde et l'accès au moyen d'une ordonnance par consentement datée du 11 décembre 2000. L'action qui a été instruite pendant une période de douze jours, entre le 13 février et le 24 août 2006, portait sur la pension alimentaire au profit des enfants et de la conjointe et l'évaluation et la répartition des biens matrimoniaux et non matrimoniaux (actifs commerciaux).

[3] Le juge du procès a fixé une date d'évaluation des actifs commerciaux qui était différente de la date de séparation, ordonné le paiement mensuel de l'arriéré de pension alimentaire que l'intimé devait à l'appelante et, en réponse à une motion de l'appelante, refusé d'annuler le transport d'un bien matrimonial que l'intimé avait effectué le 3 février 2006 à sa conjointe de fait actuelle, S.F. Le juge du procès a adjugé à l'appelante des dépens de 7 500 \$.

[4] L'appelante demande que la décision du juge du procès soit modifiée afin (1) de refléter l'évaluation des actifs commerciaux en date du 15 février 2000, soit la date de séparation; (2) d'obliger l'intimé à verser l'arriéré de pension alimentaire au profit des enfants en un seul paiement global; (3) d'annuler le transport par l'intimé d'un bien matrimonial à S.F.; et (4) d'augmenter le montant des dépens adjugés au procès. Je suis d'avis que les questions soulevées aux points (1) et (3) sont des questions de droit ou des questions mixtes de fait et de droit qui habilitent notre Cour à intervenir s'il est établi que le juge du procès a commis une erreur. Les questions soulevées aux points (2) et (4) relèvent du pouvoir discrétionnaire dévolu au juge du procès, de sorte que notre contrôle de sa décision sur ces questions doit suivre la norme qui commande le plus haut degré de retenue : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n° 31 (QL), 2002 CSC 33.

II. Date d'évaluation

[5] À la date de la séparation, l'intimé détenait des intérêts dans quatre sociétés. La preuve indique sans équivoque qu'il a dilapidé des actifs après la séparation des parties. À titre d'exemples, on peut citer un emprunt inter-sociétés de 230 000 \$ auprès d'une société alors solvable au profit d'une société imprévoyante, le transfert des intérêts qu'il détenait dans un permis de salmoniculture à un prix inférieur à sa juste valeur marchande, la prestation à S.F. et à d'autres personnes, sans rémunération, de services de camionnage et autres services de construction par l'entremise de sa société de pavage et le défaut de rendre compte du produit de l'assurance découlant de la destruction d'une embarcation de 150 000 \$ par suite d'un accident. Il faut également

tenir compte des dépenses directes et du manque à gagner associés au fait qu'il a passé une bonne partie des hivers 2004 et 2005 à Naples et à Marco Island, en Floride.

[6] L'appelante ne conteste pas la conclusion du juge du procès selon laquelle elle a droit à un intérêt de 20 % dans les actifs commerciaux; par contre, elle fait valoir que la date d'évaluation appropriée est la date de séparation. Selon la preuve d'expert acceptée au procès, à la date de séparation, la juste valeur marchande estimative de ces actifs se situait dans une fourchette allant de 825 000 à 1 030 000 \$. Le milieu de cette fourchette est de 927 500 \$. Le juge du procès a pris la date du procès comme date d'évaluation et a conclu qu' [TRADUCTION] « il devrait légitimement rester 350 000 \$ [d'actifs commerciaux] ». Il a donc accordé à l'appelante 20 % de ce montant, soit 70 000 \$.

[7] Dans l'arrêt *Miller c. Miller* (2003), 259 R.N.-B. (2^e) 132, [2003] A.N.-B. n^o 170 (QL), 2003 NBCA 37, la Cour d'appel s'est penchée sur l'évaluation d'options d'achat d'actions par suite de la dissolution du mariage et a conclu que la date de la séparation est habituellement utilisée à des fins d'évaluation. Voir également l'arrêt *Fraser c. Fraser* (1983), 47 R.N.-B. (2^e) 364 (C.A.), [1983] A.N.-B. n^o 14 (QL), dans lequel la Cour traitait de la date d'évaluation de biens matrimoniaux et non matrimoniaux. L'appelante demande à notre Cour de suivre l'arrêt *Miller* ainsi que les décisions rendues dans les affaires *MacElwain c. MacElwain* (2006), 294 R.N.-B. (2^e) 111, [2006] A.N.-B. n^o 13 (QL), 2006 NBBR 19, et *Khoury c. Khoury* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 1 (C.B.R.), [1994] A.N.-B. n^o 188 (QL), où le juge du procès a accepté la date de séparation comme la date d'évaluation la plus appropriée pour des actifs non matrimoniaux.

[8] À mon avis, la règle générale est que les actifs non matrimoniaux doivent être évalués à la date de séparation. Cela empêche la dilapidation intentionnelle des actifs et permet au conjoint qui contrôle ces actifs de tirer parti de son sens aigu des affaires après la séparation.

[9] En choisissant une date d'évaluation qui n'était pas la date de la séparation, le juge du procès a tenu compte des pertes commerciales postérieures à la séparation découlant du déclin de l'industrie de la salmoniculture, industrie qui constituait la principale activité professionnelle de l'intimé au moment de la séparation. En l'espèce, les faits me portent à croire que le juge du procès a commis une erreur en tenant compte de ces pertes. L'estimation de la valeur préparée par le cabinet Deloitte & Touche LLP est datée du 2 février 2006. L'auteur du rapport, M. Brian Dunstan, observe qu'en date du 15 février 2000 (la date de séparation), la salmoniculture était aux prises avec d'énormes difficultés en raison de l'augmentation de la concurrence et de problèmes d'ordre environnemental. M. Dunstan note également que le prix du saumon avait baissé en 1999 en raison d'une forte augmentation de la production mondiale de ce poisson et qu'il existait d'importants risques de perte en raison des maladies et des intempéries. Le cabinet Deloitte & Touche avait clairement incorporé la baisse de prix antérieure à la séparation dans son évaluation.

[10] Ces observations n'ont pas échappé au juge du procès. Au paragraphe 70, il tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

La preuve indique clairement que dans ses évaluations, M. Dunstan a dûment tenu compte du contexte économique et des perspectives de l'industrie, et ces évaluations prennent en considération la conjoncture de l'industrie, les énormes difficultés que posent l'augmentation de la concurrence et les problèmes d'ordre environnemental, le risque de maladie et les pertes liées aux intempéries. [...]

[11] De plus, le juge du procès a reconnu que pour déterminer la juste valeur marchande, M. Dunstan avait eu recours à des multiplicateurs qui reflétaient la nature risquée et cyclique du secteur d'activité. Compte tenu des conclusions du juge du procès, je suis d'avis qu'il a comptabilisé deux fois les pertes en choisissant une date d'évaluation de manière à tenir compte du déclin que l'industrie de la salmoniculture avait connu après la séparation. En effet, ces facteurs étaient déjà incorporés dans le

rapport de l'expert. À mon avis, le fait de tenir compte deux fois du même risque constitue à la fois une erreur de fait et de droit.

[12] Parmi les autres pertes commerciales postérieures à la séparation, il y a la dilapidation de certains actifs qui a déjà été évoquée. Je suis d'avis que l'appelante ne devrait supporter aucune part de ces pertes. J'en conclus donc que son intérêt dans les biens non matrimoniaux devrait être évalué à 185 500 \$ (20 % de 927 500 \$) plutôt qu'à 70 000 \$ (20 % de 350 000 \$).

III. Arriéré de pension alimentaire au profit des enfants en date du 1^{er} mai 2006

[13] L'intimé devait 26 864,39 \$ en arriéré de pension alimentaire au profit des enfants en date du 1^{er} mai 2006. Cet arriéré s'est accumulé pendant qu'il dilapidait des actifs, comme nous l'avons indiqué plus haut dans les présents motifs. Le juge du procès a ordonné le paiement de l'arriéré à raison de 300 \$ par mois. Cependant, il n'a pas expliqué pour quelle raison il avait conclu que la somme de 300 \$ était raisonnable dans les circonstances. Par ailleurs, il a ordonné ce paiement mensuel alors même qu'il avait conclu que l'intimé s'était déjà rendu coupable d'outrage au tribunal et s'était montré récalcitrant en ce qui concerne la pension alimentaire au profit des enfants, et que sa crédibilité était douteuse. Dans l'arrêt *D.B.S. c. S.R.G.; L.J.W. c. T.A.R.; Henry c. Henry; Hiemstra c. Hiemstra*, [2006] 2 R.C.S. 231, [2006] A.C.S. n° 37, 2006 CSC 37, la Cour suprême examine la nature de l'obligation des parents de subvenir aux besoins de leurs enfants. Il se dégage clairement de cet arrêt que les obligations alimentaires envers les enfants doivent l'emporter sur les dépenses personnelles.

[14] La décision concernant la méthode selon laquelle l'arriéré doit être payé est discrétionnaire et notre Cour doit lui accorder toute la déférence qu'elle mérite. En effet, les cours d'appel ne peuvent intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge du procès que s'il commet une erreur dans l'application de la règle de droit ou des principes applicables, s'il commet une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou si la décision est manifestement erronée (voir, en général, *Colombie-*

Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan, [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] A.C.S. n° 76 (QL), 2003 CSC 71; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413, [2001] A.C.S. n° 45 (QL), 2001 CSC 43; *S.H. c. V.B.*, [2007] A.N.-B. n° 368 (QL), 2007 NBCA 69; *LeBlanc c. St. Coeur et al.* (2007), 313 R.N.-B. (2^e) 341, [2007] A.N.-B. n° 155 (QL), 2007 NBCA 32, par. 6; *Doiron c. Haché* (2005), 290 R.N.-B. (2^e) 79, [2005] A.N.-B. n° 347 (QL), 2005 NBCA 75, par. 57; et les causes citées dans cette jurisprudence qui ont traité à l'examen en appel de décisions discrétionnaires).

[15] En toute déférence, je suis d'avis que la décision discrétionnaire en cause est susceptible de révision en appel pour deux raisons. Premièrement, le dossier ne renferme aucune analyse qui indique sur quoi repose la conclusion du juge du procès selon laquelle la somme de 300 \$ par mois est raisonnable pour payer progressivement l'arriéré de pension alimentaire au profit des enfants. En l'absence d'une telle analyse, notre Cour pourrait être justifiée de substituer ses propres conclusions à celles du juge du procès. Deuxièmement, sur la base des faits en cause, je considère que la décision d'ordonner le remboursement progressif des 26 864,39 \$ de dette accumulée au moyen de versements mensuels de 300 \$ est manifestement erronée et constitue une interprétation erronée de la preuve. L'arriéré s'est accumulé sans aucun dédommagement au titre des intérêts, de sorte que, si l'ordonnance est maintenue, cet arriéré sera payé sans intérêts sur une période d'environ sept ans et demi. L'appelante ne doit pas être placée dans une situation où elle financerait la décision de l'intimé de passer outre à ses responsabilités envers ses enfants que lui ont imposées les tribunaux. Je suis donc d'avis que la somme exigible en date du 1^{er} mai 2006, qui est de 26 864,39 \$, devrait être acquittée en un seul versement.

IV. Hypothèque grevant le foyer matrimonial consentie à S.F.

[16] La Cour a déjà traité d'une demande d'annulation d'un acte formaliste de transport dans l'arrêt *Northumberland Co-operative Ltd. c. Glover* (2001), 243 R.N.-B. (2^e) 44, [2001] A.N.-B. n° 381 (QL), 2001 NBCA 96. Dans cette affaire, étant donné que l'auteur de la motion s'était joint au créancier hypothécaire, la question de la

réparation à l'encontre d'un tiers qui n'était pas partie à l'action ne se posait pas. C'est donc la première fois que notre Cour est amenée à se demander s'il est possible d'annuler une hypothèque grevant un intérêt dans un foyer matrimonial lorsque le créancier hypothécaire n'est pas partie à l'instance.

[17] Le 11 décembre 2000, un juge de la Cour du Banc de la Reine a ordonné que ni l'intimé ni l'appelante ne pourraient [TRADUCTION] « aliéner ni grever quelque bien matrimonial ou non matrimonial que ce soit » sans le consentement écrit de l'autre. Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, prévoit que nul conjoint ne peut aliéner un droit sur un foyer matrimonial sous réserve de certaines exceptions énumérées dont aucune ne s'applique en l'espèce. En dépit des dispositions de la *Loi sur les biens matrimoniaux* et de l'ordonnance judiciaire du 11 décembre 2000, le 3 février 2006, l'intimé a grevé un foyer matrimonial situé au lac Utopia d'une hypothèque de 100 000 \$ en faveur de S.F., sa conjointe de fait actuelle.

[18] Dès le début du procès, l'avocate de l'appelante a donné avis verbal de son intention de présenter une motion en annulation de l'hypothèque en question. Elle a informé la Cour de son intention de se fonder sur des éléments de preuve qu'elle obtiendrait de S.F. et l'intimé. Le juge du procès a conclu au par. 450 que [TRADUCTION] « le recours demandé ne peut être pris en considération que dans une action dûment constituée réunissant toutes les parties en cause ». Comme S.F. n'était pas partie au litige, il a rejeté la motion. La décision du juge du procès soulève trois questions. Premièrement, notre Cour doit déterminer s'il est possible d'annuler une hypothèque, que le créancier hypothécaire soit ou non nommé comme partie. Deuxièmement, si elle répond par l'affirmative à la première question, notre Cour doit se pencher sur la nécessité de donner au créancier hypothécaire un avis du dépôt de la motion. Enfin, si l'on suppose que le créancier hypothécaire doit recevoir un avis, notre Cour doit se demander si S.F. a reçu un avis approprié dans les circonstances de la présente cause.

A. *Faut-il que le créancier hypothécaire soit partie à l'instance pour annuler le transport?*

[19] L'alinéa 22*d*) de la *Loi sur les biens matrimoniaux* prévoit qu'un conjoint peut présenter une demande pour obtenir l'annulation d'un transport effectué contrairement au par. 19(1). Je suis d'avis que les options en matière de redressement dont dispose un conjoint ne se limitent pas à une demande (acte introductif d'instance) formée en vertu de l'al. 22*d*). Conclure autrement limiterait gravement l'utilité des règles 73.08 et 74.01 des *Règles de procédure*. La règle 73.08 prévoit que la cour peut décider « toute question relative à la demande, que cette question soit ou non spécifiquement invoquée dans l'avis de requête ». En l'espèce, le transport du 3 février 2006 et la motion de l'appelante sont clairement liés aux demandes de répartition des biens. La règle 74.01 prévoit que toute personne peut solliciter des mesures de redressement « en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* dans toute instance engagée en application des présentes règles ». Le juge du procès rendait une décision sur une instance dûment engagée en application des règles pertinentes. De plus, je note que la règle 73.07 prévoit la signification d'un avis à une personne qui n'est pas partie à l'instance dans le cas où son intérêt peut être atteint. Ces règles, qui sont expressément conçues pour traiter de questions matrimoniales, démontrent que l'intention du lieutenant-gouverneur en conseil est de limiter la multiplication des instances et des retards.

[20] Selon moi, il n'existe aucun obstacle à ce qu'une partie demande oralement l'annulation d'un transport lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la Cour est dûment saisie de la question conformément à la *Loi sur les biens matrimoniaux* et qu'il existe un lien entre la motion et le redressement sollicité dans l'acte introductif d'instance. Par conséquent, je suis d'avis que l'éminent juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que l'appelante était tenue de joindre S.F. comme partie à l'instance en cours (que ce soit en modifiant les plaidoiries existantes ou en introduisant une nouvelle requête en application de la *Loi sur les biens matrimoniaux* et en sollicitant une jonction) afin que la question du transport prétendument illégal puisse être abordée.

B. *Nécessité de l'avis au créancier hypothécaire*

[21] Le paragraphe 19(2) de la *Loi sur les biens matrimoniaux* a pour objet de veiller à ce qu'un créancier hypothécaire ait la possibilité de prouver qu'il a acquis son intérêt « moyennant contrepartie, de bonne foi et sans connaissance préalable du fait qu'il s'agissait d'un foyer matrimonial au moment de l'aliénation ». Il s'ensuit qu'un créancier hypothécaire doit recevoir un avis suffisant de toute motion ou requête en annulation de son hypothèque, sans quoi il pourrait être privé de ses droits sans préavis, chose que l'équité ne saurait tolérer. Voir également la règle 73.07(2) au sujet du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner qu'un avis soit communiqué aux personnes qui ne sont pas parties à l'instance.

C. *Suffisance de l'avis dans les circonstances*

[22] La question qui se pose en l'espèce est la suivante : une signification en bonne et due forme de l'avis de motion à S.F. était-elle nécessaire et, si ce n'est pas le cas, a-t-elle reçu dans les circonstances un avis suffisant de la motion en annulation de l'hypothèque? Le dossier indique que S.F. a accompagné l'intimé à l'audition d'une motion connexe le 25 janvier 2006. À cette date et en tout temps par la suite, l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine datée du 11 décembre 2000 qui interdisait tout transport de biens matrimoniaux et non matrimoniaux était en vigueur. Lors de la comparution du 25 janvier, l'avocate de l'appelante, en présence de S.F., a informé la Cour que le bien-fonds de lac Utopia était un foyer matrimonial et qu'elle envisageait de le grever d'un privilège ou de le mettre en vente afin de régler l'arriéré exigible du mari. Neuf jours plus tard et dix jours avant le procès, l'intimé consentait à S.F. une hypothèque sur le bien-fonds.

[23] S.F. a aussi accompagné l'intimé au procès les 13, 14, 15, 16 et 20 février 2006. Elle a témoigné le 16 et le 20 février. Elle était présente le 13 février pendant l'échange suivant que l'avocate de l'appelante et le juge du procès ont eu après qu'il eut demandé s'il y avait des questions préliminaires :

[TRADUCTION]

M^e NOBLE : Certainement. Lors de notre dernière comparution, la Cour se souviendra peut-être que nous avons demandé qu'un privilège greève le bien-fonds de lac Utopia qui était enregistré conjointement au nom des parties. En fait, ce que [le mari] a fait le 3 février, c'est céder à sa conjointe de fait une hypothèque de 100 000 \$ sur ce bien-fonds. Nous nous opposons vivement à cela. Cette façon d'agir cadre parfaitement avec ce que nous subissons depuis six ans.

[...]

M^e NOBLE : Par conséquent, nous demanderons à la Cour d'annuler ce document.

LA COUR : Merci. Voulez-vous dire que le bien-fonds de lac Utopia a été grevé d'une hypothèque depuis notre dernière séance?

M^e NOBLE : Depuis notre dernière comparution, dans les sept jours environ qui ont suivi. C'est le 3 février qu'elle a été enregistrée, et il est censé s'agir d'une hypothèque subsidiaire garantissant un billet à ordre de cent mille dollars de mademoiselle [S.F.].

LA COUR : N'existait-il pas une ordonnance en vertu de l'article 11 disant que les biens-fonds ne devaient pas être grevés ou ---

M^e NOBLE : Depuis décembre 2000, oui.

[...]

LA COUR : Très bien, il existait donc en décembre 2000 une ordonnance judiciaire qui interdisait aux deux parties de grever quelque bien matrimonial ou non matrimonial que ce soit - même s'il ne s'agissait pas d'un bien matrimonial.

M^e NOBLE : Oui.

LA COUR : Donc, vous êtes en train de me dire que depuis notre dernière audience, il y a eu un flagrant outrage au tribunal?

M^c NOBLE : C'est ce que je dirais.

[24] Le 13 février, la discussion entre le juge du procès et l'avocate de l'appelante au sujet de l'avis de motion oral s'est terminée par les observations suivantes du juge du procès :

[TRADUCTION]

[...] à ce stade, il n'y a pas de preuve et ce ne sont que des observations, et la Cour n'agit que sur la foi d'éléments de preuve. Cependant, la Cour comprend que l'avocate, par ses remarques préliminaires, est simplement en train de donner à la Cour un aperçu de ce qui pourrait l'attendre si la véracité de cette allégation est établie par la preuve.

[Je souligne.]

[25] Ces observations du juge, faites en présence de S.F., prouvent qu'il avait l'intention de statuer sur la motion que l'appelante avait présentée à l'ouverture du procès en se fondant sur la preuve produite au procès. S.F. a été une nouvelle fois avertie du fait que l'hypothèque était contestée lorsque, le 14 février, au cours du témoignage de l'intimé, le document hypothécaire a été accueilli en preuve à titre de pièce numéro huit et qualifié de [TRADUCTION] « prétendue hypothèque » par le juge du procès. Le 16 février, l'intimé, en réponse à des questions au sujet du bien-fonds récemment hypothéqué, a déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Il est [à nos deux noms], le mien et [celui de l'appelante], le lac Utopia ». Le 16 février, S.F. a commencé son témoignage. Peu après avoir été appelée à la barre des témoins, elle s'est mise à faire objection aux questions qui lui étaient posées. En expliquant à S.F. pour quelle raison elle était tenue de répondre aux questions, le juge du procès lui a clairement fait état de la question du bien-fonds hypothéqué. Il a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Il a également été question d'un bien-fonds et je ne sais pas encore grand chose à ce sujet, mais nous verrons comment les choses évoluent. »

[26] Pendant le témoignage de S.F., l'échange suivant a eu lieu entre elle et l'avocate de l'appelante.

[TRADUCTION]

Q. Pouvez-vous donc me dire pour quelle raison il a été grevé d'une hypothèque subsidiaire?

R. Parce que, après la comparution du 25 janvier, je crois que c'était la date, lorsque j'ai compris qu'il y avait une possibilité que vous vendiez la maison là-bas, je ne voulais pas courir le risque de perdre le foyer dans lequel j'ai investi pour mes deux enfants et dans lequel je vis; j'avais abandonné ma maison à Deer Island et j'ai déménagé, j'ai changé de vie.

Q. Simplement pour clarifier les choses. Vous saviez à l'issue de l'audience de janvier qu'il existait une possibilité que ce bien-fonds soit vendu?

R. Vous aviez mentionné que certains actifs pourraient être vendus, dont la maison dans laquelle je vis avec mes deux enfants, et c'est pour protéger mes intérêts que le bien-fonds a été hypothéqué.

[...]

Q. Qui en est propriétaire?

R. [L'intimé] et [l'appelante], à ce que l'on m'a dit.

Q. Savez-vous que son nom figure sur l'acte formaliste de transport?

R. J'ignorais que son nom figurait sur l'acte. Je n'ai même pas demandé à voir le document. Je l'ai simplement supposé étant donné que son nom [le nom du conjoint] ne figure pas sur l'acte de transport [d'un autre bien matrimonial], mais je crois qu'il a droit à 50 pour cent du bien-fonds.

Cet échange montre bien que l'appelante entendait poursuivre son offensive contre la légitimité de l'hypothèque que l'intimé avait consentie à S.F. La preuve à l'appui de la motion était conforme aux observations qui accompagnaient l'avis de motion oral présenté dès l'ouverture du procès.

[27] Le 21 février 2006, peu après la fin du témoignage de S.F., l'appelante a déposé un avis formel de motion dans lequel elle répétait l'avis de motion en annulation de l'hypothèque qu'elle avait initialement présenté oralement. Après le dépôt de la motion formelle, S.F. a cessé d'accompagner l'intimé pendant le procès. Huit tentatives infructueuses de signification d'une copie de l'avis formel de motion à S.F. ont été effectuées avant la conclusion du procès.

[28] Les témoignages de l'intimé et de S.F. ont en grande partie porté sur le transport du 3 février 2006. S.F. reconnaît qu'elle était présente pendant le témoignage de l'intimé. Outre les extraits déjà cités, le juge du procès et l'avocate de l'appelante ont eu de nombreux autres échanges en présence de S.F. au sujet de la motion en annulation de l'hypothèque. On peut affirmer que l'avocate de l'appelante n'a indiqué une intention quelconque d'abandonner la motion pendant aucun de ces échanges. Je considère que dès l'ouverture du procès, S.F. savait pertinemment que le juge du procès avait l'intention de statuer sur la question de savoir si l'hypothèque qu'elle détenait sur le foyer matrimonial devait être annulée.

[29] Bien qu'il soit préférable que les avocats déposent et signifient des avis formels de motion relativement aux nouvelles questions qu'ils ont l'intention de soulever au procès, aucune règle de procédure ne l'exige. Le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) est parvenu à cette conclusion dans l'arrêt *Conseil de la magistrature (N.-B.) c. Moreau-Bérubé* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 230 (C.A.), [1999] A.N.-B. n^o 336 (QL), aux par. 3 à 5. Advenant qu'une telle règle de procédure existe, cela entraînerait des retards et des doubles emplois au sein du processus judiciaire. Il n'est pas toujours nécessaire de donner un avis écrit lorsque l'ordonnance sollicitée est claire, la preuve servant de fondement pleinement divulguée et l'avis oral donné en temps voulu. Sur la base des faits en cause, compte tenu de la clarté de l'ordonnance sollicitée, des déclarations de l'avocate de l'appelante au sujet de la preuve sur laquelle elle entendait se fonder et de l'aveu par S.F. qu'elle comprenait la demande présentée le 25 janvier 2006, de son admission qu'elle était présente pendant le témoignage de l'intimé et enfin de son propre témoignage au procès, je suis convaincu qu'elle a eu un avis suffisant de la motion en

annulation de l'hypothèque de l'appelante. La réponse de S.F. à cet avis a été de cesser d'assister au procès. Qui plus est, comme on a tenté en vain à huit reprises de signifier à S.F. l'avis formel de motion dans la communauté relativement petite de lac Utopia, j'en déduis qu'elle se soustrayait à la signification.

[30] Ayant conclu que S.F. a reçu un avis suffisant de l'avis de motion en annulation de l'hypothèque, j'estime que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'accueillir la motion. En effet, la preuve à l'appui de la motion était accablante. Compte tenu du témoignage même de S.F., on ne peut pas dire qu'elle a acquis l'intérêt « de bonne foi » et « sans connaissance préalable du fait qu'il s'agissait d'un foyer matrimonial » au sens du par. 19(2) de la *Loi sur les biens matrimoniaux*. Le rejet de la motion par le juge du procès était attribuable à une interprétation erronée de la preuve et du droit. J'annulerais donc l'hypothèque datée du 3 février 2006 que l'intimé a consentie à S.F.

[31] Au paragraphe 482, le juge du procès a ordonné qu'une sûreté de 110 718,62 \$ soit constituée en faveur de l'appelante sur le foyer matrimonial de lac Utopia. Je porterais ce montant à 253 083,01 \$ afin d'inclure la part supplémentaire des actifs non matrimoniaux de l'appelante (115 500 \$) et le paiement en une somme globale de l'arriéré de pension alimentaire au profit des enfants (26 864,39 \$). Je noterai entre parenthèses que S.F. a témoigné qu'elle a investi de l'argent dans le bien-fonds de lac Utopia plusieurs années avant que l'hypothèque soit consentie. Dans la mesure où cela est exact, rien en l'espèce ne l'empêche d'intenter à l'intimé une action pour enrichissement sans cause ou de solliciter toute autre mesure de redressement à son encontre. Il va de soi que la sûreté prévue dans la présente décision aurait préséance sur un jugement obtenu à l'issue d'une telle action.

[32] En résumé, dans les circonstances de la présente instance et compte tenu de la règle 73, il n'était nullement nécessaire d'ajouter S.F. comme partie aux procédures afin d'annuler l'hypothèque qui lui avait été consentie. L'intimé avait opéré ce transport en étant parfaitement au courant de l'existence d'une ordonnance judiciaire interdisant de

tels transports. De plus, le dossier démontre que S.F. avait été avisée de la motion en annulation de l'hypothèque et appuie pleinement l'inférence qu'elle s'est soustraite à la signification de l'avis formel de motion. Dans les circonstances, il serait inique d'obliger l'appelante à ajouter S.F. à titre de partie ou à entamer une nouvelle poursuite afin d'obtenir réparation.

IV. Dépens

[33] Le juge du procès jouit d'un pouvoir discrétionnaire très large en ce qui concerne l'attribution des dépens, et un tribunal d'appel n'interviendra pas à moins d'une erreur manifeste : *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.* (2001), 244 R.N.-B. (2^e) 201, [2001] A.N.-B. n^o 450 (QL), 2001 NBCA 113.

[34] Pour la fixation des dépens, la règle 59.02 habilite la Cour à prendre en considération, entre autres facteurs, le montant de la poursuite et celui qui a été recouvré, le degré de complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, toute conduite d'une partie qui tend à abréger ou à prolonger inutilement la durée de l'instance et tout comportement injustifié ou vexatoire. En l'espèce, il a fallu environ douze jours d'audience pour entendre la preuve et les arguments. Une grande partie de ce temps a été nécessaire en raison de l'absence de franchise de l'intimé au sujet de ses opérations commerciales et de ses tentatives visant à écarter ou éviter les questions au sujet de la dilapidation de ses actifs. L'octroi d'une hypothèque au mépris d'une ordonnance judiciaire constitue un comportement injustifié et vexatoire. Toutes ces tactiques ont tendu à prolonger inutilement la durée de l'instance.

[35] Compte tenu des observations au sujet du comportement de l'intimé qui ont été faites dans la présente décision et étant donné que l'appelante a obtenu gain de cause relativement à la pension alimentaire à son profit et à celui des enfants et à la répartition des actifs, il m'est impossible de ne pas conclure que le montant de dépens que le juge du procès a attribué est manifestement erroné et constitue une interprétation erronée de la preuve. À mon avis, les faits de la présente instance justifient l'application

de la règle 59, tarif A, échelle 5, sur la base d'un montant-clé de 300 000 \$, ce qui donne des dépens de 20 325 \$ plus les débours raisonnables. Notre Cour a statué sur la pertinence d'appliquer la règle 59 dans *Rademaker c. Rademaker* (2002), 251 R.N.-B. (2^e) 177, [2002] A.N.-B. n^o 218 (QL), 2002 NBCA 47. Voir également l'arrêt *Stewart c. Stewart* (2007), 214 Man.R. (2d) 199, [2007] M.J. No. 178 (QL), 2007 MBCA 66, dans lequel la Cour a confirmé l'octroi de 36 188,25 \$ de dépens à l'issue d'un procès de huit jours et demi, même si une offre formelle de règlement à l'amiable avait été faite en application des règles applicables au Manitoba.

V. Conclusion

[36] J'accueillerais l'appel et je rendrais une ordonnance (1) portant la part des actifs non matrimoniaux de l'appelante de 70 000 \$ à 185 500 \$; (2) obligeant l'intimé à verser sur-le-champ 26 864,39 \$ en arriéré de pension alimentaire au profit des enfants; (3) portant à 253 083,01 \$ la sûreté grevant le bien-fonds que l'intimé possède à lac Utopia, au Nouveau-Brunswick; (4) annulant l'hypothèque consentie à S.F. en date du 3 février 2006; et (5) remplaçant les 7 500 \$ de dépens adjugés par des dépens de 20 325 \$, plus les débours raisonnables. À tous les autres égards, je confirmerais la décision du juge du procès.

[37] De plus, j'adjugerais à l'appelante 8 130 \$ de dépens afférents à l'appel.