

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

59-10-CA

C.A.E.

(Applicant) APPELLANT

- and -

M.D.

(Respondent) RESPONDENT

C.A.E. v. M.D., 2011 NBCA 17

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from an Order
of the Court of Queen's Bench:
March 17, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
November 24, 2010

Judgment rendered:
March 3, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard

C.A.E.

(Requérante) APPELANTE

- et -

M.D.

(Intimé) INTIMÉ

C.A.E. c. M.D., 2011 NBCA 17

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une ordonnance
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 17 mars 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 24 novembre 2010

Jugement rendu :
Le 3 mars 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Monica L. Johnson

Pour l'appelante :
Monica L. Johnson

For the respondent:
Marylène Pilote

Pour l'intimé :
Marylène Pilote

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed with costs of \$1,500.

Accueille l'appel avec dépens de 1 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] This is an appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench, Family Division, confirming, with variation, a provisional order from the Supreme Court of Nova Scotia, Family Division, pursuant to s. 19 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.).

II. Background

[2] The parties married on October 12, 1991, and separated on November 9, 1998. They executed a separation agreement on November 30, 1998, and an amending agreement on May 26, 2000, resolving all issues resulting from their separation. The parties were divorced on July 18, 2000, and an order for corollary relief, including the terms of the agreements, was incorporated into the divorce order. The parties have two children who are currently 17 and 15 years of age. The children reside with the appellant mother in Stillwater Lake, Nova Scotia. The respondent father resides in Edmundston, N.B. He exercises access to the children approximately five times per year.

[3] It is worth noting that, from 2002 to 2007, the respondent had not provided the appellant with copies of his annual income tax returns as required by the order for corollary relief. Nevertheless, shortly before the hearing of the application, the respondent provided the appellant with his tax returns for 2002, 2003, 2004, and 2005. He did not, however, provide his 2006 income information.

[4] On November 28, 2007, the appellant filed a variation application with the Supreme Court of Nova Scotia, Family Division. The case proceeded provisionally, under ss. 17 and 18 of the *Divorce Act*, pursuant to which the appellant requested: (1)

retroactive child support as of June 1, 2002; and (2) retroactive contribution to extraordinary expenses as of 2006. In January 2008, this request was amended to be retroactive to 2004.

[5] The appellant appeared before Justice Douglas C. Campbell of the Supreme Court of Nova Scotia on March 14, 2008. The respondent was not provided with notice of this hearing and, therefore, was not present. On April 2, 2008, Justice Campbell issued a provisional order pursuant to s. 18(2) of the *Divorce Act*. The order was then forwarded to the Court of Queen's Bench, Family Division, in Edmundston via the Office of the Attorney General of New Brunswick.

[6] The respondent filed his documents in response to the variation application and the provisional order in the Court of Queen's Bench on May 7, 2009. His response included a claim of undue hardship pursuant to s. 10 of the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, and a request for variation of his contribution to extraordinary expenses back to 2002. The respondent also forwarded a complete copy of this information to the appellant by fax and courier on May 7, 2009. The hearing was set for May 14, 2009.

[7] On May 13, 2009, the appellant forwarded a letter to the Court of Queen's Bench of New Brunswick, Family Division, wherein she requested an opportunity to respond to the respondent's claims, pursuant to s. 18(5) of the *Divorce Act*. On May 14, 2009, a judge of the Court of Queen's Bench of New Brunswick, Family Division, adjourned the hearing to allow the appellant to respond. The appellant did not appear at this hearing. The situation became particularly confusing when the judge ordered the appellant to produce information pursuant to s. 6(3) of the *Interjurisdictional Support Orders Act (ISO)*, S.N.B. 2002, c. I-12.05. The *ISO* does not apply to variation of orders made pursuant to the *Divorce Act*. On July 2, 2009, the appellant filed a supplemental affidavit in compliance with the application judge's order. The judge did not remit the application to the Supreme Court of Nova Scotia for further evidence as envisioned by s. 18(5) of the *Divorce Act*.

[8] On November 26, 2009, the respondent appeared before the application judge pursuant to s. 19(2) of the *Divorce Act*. The appellant did not appear.

[9] On March 17, 2010, the application judge confirmed the provisional order which included the following variation of the support order:

THE ORDER OF THE COURT IS AS FOLLOWS:

1. The Respondent is allowed to deduct from his income, his business portion of vehicle expenses and professional dues.
2. The Respondent's income from 2002 to 2008 is fixed as per the Divorce Mate Guideline Calculator [Divorcemate's Chequemate Spousal Guidelines Calculator] prepared and filed by the Respondent and the Respondent's income for 2009 is fixed as per the Respondent Financial Statement (Form 72J), and confirmed at:

2002	95 400,00\$
2003	83 148,00\$
2004	88 820,00\$
2005	115 164,00\$
2006	83 854,00\$
2007	85 477,00\$
2008	90 365,00\$
2009	90 400,00\$

3. The Respondent is successful in his claim made pursuant to Section 10 of the *Federal Child Support Guidelines*, and as a remedy, the Court orders that the Respondent be allowed to deduct from his child support obligation, the amount of **SIX HUNDRED DOLLARS (600,00\$)** per visitation right exercised, for a maximum of **SEVEN (7)** visits per year;
4. Child support payments shall be calculated from 2002 to 2009 according to the Respondent's confirmed income as per table outlined in paragraph 2, and the New Brunswick Federal Child Support Tables.

5. After July 2nd 2005, the **HUNDRED DOLLARS (100,00\$)** paid by the Respondent to the Applicant on a bi-weekly basis is considered child support payment. Therefore, the said amount shall be considered when calculating the child support overpayment and/or child support due from July 2005 to 2009, as per schedule enclosed and marked « B » to this order.
6. The Respondent overpaid his child support obligation to the Applicant by the sum of **TWENTY EIGHT THOUSAND SEVEN HUNDRED AND NINETY-SIX DOLLARS (28 796,00\$)** in child support from January 2002 to December 2009, as per the schedule enclosed and marked « A » to this order. This amount is payable by the Applicant within **SIX (6)** months of the date of this order or may be paid by *set-off*.
7. The Respondent will pay child support to the Applicant in the amount of **FIVE-HUNDRED AND SEVENTY-ONE DOLLARS (571,00\$)** bi-weekly for two children, based on a yearly income of **NINETY THOUSAND AND FOUR HUNDRED DOLLARS (90 400,00\$)** for 2009 and according to the New Brunswick Federal Child Support Tables, starting January 1st 2010, and until further order of the Court.
8. The Respondent will provide the Applicant with a copy of his T-4 and appropriate schedules detailing business portion of vehicle expenses for the preceding year, before or on the first day of June of each year and child support will be adjusted according to the New Brunswick Federal Child Support Tables on the first day of June of each year, beginning June 2010.
9. **With the exceptions of the items consented to by the Respondent as extraordinary expenses** and outlined in schedule « B » enclosed to this order, all other expenses submitted by the Applicant such as: School supplies, guide registration and uniform, drama classes, dance classes, skating lessons, Ringuette registration fees and purchase of equipment, summer camps, school trips, sewing

classes, saxophone rental and saxophone purchase, sharpening of skates, meals, hotels and tolls for hockey tournaments, do not constitute extraordinary expenses in light of the *Federal child support guidelines* and in accordance with the case law (*Hines v. Hines* [2004] N.B.J. No. 373 and *M.S. v. G.H.* [2006] N.B.J. 375).

10. The prorated share of each parent for the extraordinary expenses calculated according to the Respondent's confirmed income and the Applicant's Income from 2002 to 2009 are as follows:

	Applicant Income	Applicant Prorated Share	Respondent Income	Respondent Prorated Share
2002	42 000,00\$	31%	95 400,00\$	69%
2003	42 000,00\$	34%	83 148,00\$	66%
2004	41 740,00\$	32%	88 820,00\$	68%
2005	46 884,00\$	29%	115 164,00\$	71%
2006	46 068,00\$	35%	83 854,00\$	65%
2007	49 649,00\$	37%	85 477,00\$	63%
2008	47 017,00\$	34%	90 365,00\$	66%
2009	47 017,00\$	34%	90 400,00\$	66%

11. The Respondent owes **FIVE THOUSAND THREE HUNDRED THIRTY THREE DOLLARS AND THIRTY SIX CENT (5 333,36\$)** in extraordinary expenses from January 2002 to December 2009, as per the schedule enclosed and marked « B » to this order. This amount is payable by the Respondent to the Applicant within **SIX (6)** months of the date of this order or may be paid by *set-off*.
12. Beginning January 1st 2010, the Respondent prorated share of the extraordinary expenses is **SIXTY-SIX PERCENT (66%)**, and every extraordinary expense submitted by the Applicant as of January 1st 2010, shall be reimbursed by the Respondent as such.

13. As of today, the Applicant and Respondent will discuss every extraordinary expense before incurring the expense.
14. The Applicant will submit a summary of extraordinary expenses with receipts enclosed every **THIRTY DAYS (30 DAYS)** to the Respondent.
15. The Respondent will reimburse the Applicant his share of the extraordinary expenses within **THIRTY DAYS (30 DAYS)** of demand of payment and make.
16. Each party shall bear their own legal costs.

III. Issues

[10] The appellant's written submission contains six grounds of appeal. The respondent agreed with the ground concerning the deduction of tax credits. The remaining grounds are:

- (1) The judge made an error of law when he failed to record his reasons pursuant to section 10(6) of the *Federal Child Support Guidelines*;
- (2) The judge made an error of law and fact when he accepted the Respondent's claim of undue hardship pursuant to section 10 of the *Federal Child Support Guidelines*;
- (3) The judge made an error of law and fact when calculating the Respondent's child support obligations, when he considered the \$100 paid by the Respondent to the Appellant on a bi-weekly basis as of July 2, 2005, to be child support when calculating the Respondent's child support obligations;

[...]

- (5) In the alternative, the judge made an error of law when he accepted the Supplemental Affidavit of the

Appellant as further evidence pursuant to subsection 18(5) of the *Divorce Act*; and

- (6) In the alternative, the judge made an error of law when he failed to provide written reasons for confirming the Provisional Order with variation pursuant to section 19(12) of the *Divorce Act*.

IV. Standard of Review

- [11] In *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, Larlee J.A. discusses the standard of review applicable in family law cases:

The appropriate standard of review to be applied in an appeal of this nature is discussed in *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60. The Supreme Court of Canada set out a standard of considerable deference for the decisions of trial courts in cases of family law. Intervention on appeal requires that there have been a material error, a serious misapprehension of the evidence, or an error of law.

[...]

[...] See this Court's decisions on the application of the deferential standard: *MacLean v. MacLean* (2004), 274 N.B.R. (2d) 90, [2004] N.B.J. No. 363 (QL), 2004 NBCA 75 at para. 18; *J.P. v. R.R.* (2004), 278 N.B.R. (2d) 351, [2004] N.B.J. No. 467 (QL), 2004 NBCA 98 at para. 27; *Scott v. Scott* (2004), 278 N.B.R. (2d) 61, [2004] N.B.J. No. 468 (QL), 2004 NBCA 99 at para. 32 and *Boudreau v. Brun* (2005), 293 N.B.R. (2d) 126, [2005] N.B.J. No. 501 (QL), 2005 NBCA 106 at para. 5. [paras. 8-9]

[Emphasis added.]

- [12] This is consistent with Richard J.A.'s comments in *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 N.B.R. (2d) 119:

I am mindful of the standard of review that governs appeals in custody, access and support matters, pursuant to which the decision in first instance must be given considerable

deference. However, an appellate court is nevertheless empowered to set aside or vary a decision or order in these types of cases where it is the product of an error of law, an error in principle, a significant misapprehension of the evidence or if it is clearly wrong: see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL) at para. 11 and *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, [2001] S.C.J. No. 60 (QL), 2001 SCC 60. [para. 35]

[13] In brief, no deference is owed to the application judge's decision when reviewing a question of law, including the interpretation of the *Divorce Act* and *Federal Child Support Guidelines* when determining whether a party is suffering undue hardship. The judge did not provide any analysis or explanation for his conclusion that the respondent suffered "undue hardship" within the meaning of s. 10 of the *Guidelines*.

[14] I am of the opinion the application judge made reversible errors when he: (1) failed to provide written reasons for confirming the provisional order with variation pursuant to s. 19(12) of the *Divorce Act*; and, (2) when he failed to record any reasons for determining the respondent suffered undue hardship pursuant to s. 10 of the *Guidelines*. In my respectful opinion, the application judge also erred in failing to remit the matter to the Nova Scotia Supreme Court for further evidence before disposing of it.

V. Analysis and Statutory Framework

[15] The case before us was commenced in Nova Scotia under ss. 18 and 19 of the *Divorce Act*. These provisions allow a bifurcated process where former spouses, who now reside in different provinces, are able to file applications for variation of existing orders made pursuant to the *Divorce Act* in the province where they reside. When the responding spouse does not attend or participate in the hearing of the application, the judge may make a provisional order. This provisional order must then be forwarded to the province where the respondent resides, and the order is subject to confirmation, confirmation with variation, or refusal of confirmation. The *ISO Act* does not apply to applications to vary support orders made pursuant to the *Divorce Act*. Those orders must

be dealt with in accordance with the *Divorce Act*. The *ISO Act* only applies where an individual wishes to vary existing support orders granted under a provincial statute such as the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2. The process set out in ss. 18 and 19 of the *Divorce Act* is described in *LeParque v. LeParque*, 2005 NSCA 127, [2005] N.S.J. No. 388 (QL) as follows:

[...] It is a cumbersome, expensive and time consuming process, aptly described by Handrigan J. in *Lynch v. Lundrigan* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 62; [2002] N.J. No. 185 (Q.L.)(S.C., U.F.C.), aff'd (2004), 237 Nfld. & P.E.I.R. 304; [2004] N.J. No. 195 (Q.L.)(C.A.) as "awkward and ungainly" but "structured to ensure that each party has the opportunity to be fully heard before a final determination is made" (at para. 30). [para. 5]

[16] The provisions of s. 19 of the *Divorce Act* that describe the process to be followed in the receiving jurisdiction are as follows:

Procedure

19.(2) Subject to subsection (3), where documents have been sent to a court pursuant to subsection (1), the court shall serve on the respondent a copy of the documents and a notice of a hearing respecting confirmation of the provisional order and shall proceed with the hearing, in the absence of the applicant, taking into consideration the certified or sworn document setting out or summarizing the evidence given to the court that made the provisional order.

[...]

Right of respondent

(5) In a proceeding under this section, the respondent may raise any matter that might have been raised before the court that made the provisional order.

Procédure de confirmation de l'ordonnance conditionnelle

19.(2) Sous réserve du paragraphe (3), sur réception des documents visés au paragraphe (1), le tribunal en signifie au défendeur une copie et un avis l'informant qu'il va être procédé à l'instruction de l'affaire concernant la confirmation de l'ordonnance conditionnelle et procède à l'instruction, en l'absence du demandeur, en tenant compte du document certifié conforme ou attesté sous serment où sont énoncés ou résumés les éléments de preuve présentés devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle.

[...]

Droit du défendeur

(5) Dans le cadre de la procédure prévue au présent article, le défendeur peut soulever tout point qui aurait pu l'être devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle.

Further evidence

(6) Where, in a proceeding under this section, the respondent satisfies the court that for the purpose of taking further evidence or for any other purpose it is necessary to remit the matter back to the court that made the provisional order, the court may so remit the matter and adjourn the proceeding for that purpose.

Order of confirmation or refusal

(7) Subject to subsection (7.1), at the conclusion of a proceeding under this section, the court shall make an order

(a) confirming the provisional order without variation;

(b) confirming the provisional order with variation; or

(c) refusing confirmation of the provisional order.

[...]

Further evidence

(8) The court, before making an order confirming the provisional order with variation or an order refusing confirmation of the provisional order, shall decide whether to remit the matter back for further evidence to the court that made the provisional order.

[...]

Interim order for support of spouse

(9.1) Where a court remits a matter pursuant to this section in relation to a spousal support order, the court may make an interim order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the

Complément de preuve

(6) Lorsque le défendeur démontre au tribunal que le renvoi de l'affaire au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle s'impose pour faire recueillir tout élément supplémentaire de preuve ou à toute autre fin, le tribunal peut renvoyer l'affaire en conséquence et suspendre la procédure à cette fin.

Issue de la procédure

(7) À l'issue de la procédure prévue au présent article, le tribunal rend, sous réserve du paragraphe (7.1), une ordonnance :

a) soit pour confirmer l'ordonnance conditionnelle sans la modifier;

b) soit pour la confirmer en la modifiant;

c) soit pour refuser de la confirmer.

[...]

Complément de preuve

(8) Avant de rendre une ordonnance qui confirme l'ordonnance conditionnelle en la modifiant ou qui refuse de la confirmer, le tribunal décide s'il renvoie l'affaire devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle pour qu'il recueille des éléments de preuve supplémentaires.

[...]

Ordonnance alimentaire provisoire au profit d'un époux

(9.1) Le tribunal qui renvoie une affaire relative à une ordonnance alimentaire au profit d'un époux peut, avant de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (7), rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de

support of the other spouse, pending the making of an order under subsection (7).

capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

Terms and conditions

Modalités de l'ordonnance

(10) The court may make an order under subsection (9) or (9.1) for a definite or indefinite period or until a specified event occurs, and may impose terms, conditions or restrictions in connection with the order as it thinks fit and just.

(10) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal au titre des paragraphes (9) ou (9.1) peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou aux restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

This process is meant to ensure that both parties have a full opportunity to be heard before the final order is made. This was not the process followed in the case before us. I will now address the issues raised by the appellant.

A. *Undue Hardship Claim – s. 10 of the Federal Child Support Guidelines*

[17] The appellant submits the application judge erred in law when he failed to record his reasons for undue hardship pursuant to s. 10(6) of the *Guidelines* which reads as follows:

Where the court makes a child support order in a different amount under this section, it must record its reasons for doing so. [Emphasis added.]

In the case before us, the trial judge deviated from the *Guidelines* as a result of his finding of undue hardship. It follows that he erred in law when he did not support this deviation with recorded reasons.

B. *Section 19(12) of the Divorce Act*

[18] The appellant also submits the judge made an error of law when he failed to provide written reasons for confirming the provisional order with variation, pursuant to s. 19(12) of the *Divorce Act*, which states:

Report and filing

(12) On making an order under subsection (7), the court in a province shall

(a) send a copy of the order, certified by a judge or officer of the court, to the Attorney General for that province, to the court that made the provisional order and, where that court is not the court that made the support order in respect of which the provisional order was made, to the court that made the support order;

(b) where an order is made confirming the provisional order with or without variation, file the order in the court; and

(c) where an order is made confirming the provisional order with variation or refusing confirmation of the provisional order, give written reasons to the Attorney General for that province and to the court that made the provisional order.

[Emphasis added]

Rapport et dépôt

(12) En rendant l'ordonnance visée au paragraphe (7), le tribunal d'une province :

a) transmet au procureur général de cette province, au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle ainsi qu'au tribunal qui a rendu l'ordonnance alimentaire, dans le cas où ce dernier n'est pas le même que celui qui a rendu l'ordonnance conditionnelle qui s'y rattache, une copie certifiée conforme de l'ordonnance par un juge ou un fonctionnaire du tribunal;

b) ouvre un dossier sur l'ordonnance dans le cas où celle-ci confirme l'ordonnance conditionnelle avec ou sans modification;

c) fait parvenir ses motifs par écrit au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle ainsi qu'au procureur général de cette province, dans le cas où il rend une ordonnance qui confirme l'ordonnance conditionnelle avec modification ou qui refuse de la confirmer.

[C'est moi qui souligne]

Thus, a judge who confirms a provisional order with variation must give written reasons to the Attorney General for that province and to the court that made the provisional order. Again, this was not done in the case before us, and as such, an error of law results.

C. *Section 18(5) of the Divorce Act*

[19] A further error of law alleged by the appellant was the judge's treatment of her supplemental affidavit as "further evidence" within the meaning of s. 18(5) of the *Divorce Act*:

Further evidence

18.(5) Where, during a proceeding under section 19, a court in a province remits the matter back for further evidence to the court that made the provisional order, the court that made the order shall, after giving notice to the applicant, receive further evidence.

Complément de preuve

18.(5) Le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle est tenu, après notification au demandeur, de recueillir des éléments de preuve supplémentaires lorsque le tribunal saisi de la procédure prévue à l'article 19 lui renvoie l'affaire à cette fin.

[20] Pursuant to s. 19(5) of the *Divorce Act*, the respondent could raise any issue that might have been raised before the judge in Nova Scotia. When the respondent raised the issue of undue hardship, the appellant requested the opportunity to respond to it pursuant to s. 18(5) of the *Divorce Act*.

[21] Before making an order confirming the provisional order, with variation, the judge had to decide whether to remit the application to Nova Scotia. He did not do so. Instead, he ordered the appellant to provide further information pursuant to provisions of the *ISO Act*, an *Act* that has no application to orders pursuant to the *Divorce Act*.

[22] The *ISO Act* does not apply to the case at bar, despite the fact that the respondent received the ISO forms in a package from the Provincial Government, when he received notice of the provisional order. The respondent filed forms pursuant to Part I of the *ISO Act*. The *ISO Act* specifically states Part I only applies to claims where no support order exists. Part II applies solely to the registration and enforcement of orders made outside of New Brunswick, and Part III applies to support orders not made pursuant to the *Divorce Act*.

[23] A review of the record reveals the judge accepted the appellant's supplemental affidavit as her response pursuant to s. 18(5) of the *Divorce Act*. It is the appellant's position, however, that her affidavit was merely filed in order to comply with the judge's order to provide further information, pursuant to s. 6(3) of the *ISO Act*. It was not intended to be a complete response to the respondent's claim of undue hardship or to replace her opportunity to give evidence in a Nova Scotia court. In fact, the appellant was

responding to questions specifically framed by the judge, pursuant to his order dated May 14, 2009. As a result, the appellant was not given the opportunity to address the issue of undue hardship from her perspective in the proper forum.

[24] Under s. 19(8), it was within the judge's discretion not to remit the case to the Nova Scotia Court for receipt of "further evidence". In this case, however, the New Brunswick Court should have considered the remittal option, as contemplated by ss. 18(5) and 19(8) of the *Divorce Act*. Had the judge done so, the appellant could have properly replied to the respondent's claims for retroactivity and undue hardship.

[25] In *Koval v. Brinton*, 2010 NSCA 78, [2010] N.S.J. No. 520 (QL), a judge of the Nova Scotia Supreme Court, Family Division, refused to confirm a provisional order of the Court Of Queen's Bench of New Brunswick, Family Division. Instead, the Nova Scotia judge chose to vary the order. This relieved the father from making future contributions to s. 7 expenses for his children, by virtue of the substantial costs he expended in exercising access.

[26] The mother appealed and sought to introduce fresh evidence, complaining the judge's variation order resulted from an error in law and the improper exercise of discretion. She argued the file sent to Nova Scotia by the Court in New Brunswick was deficient as it did not include a transcript of the provisional hearing. The mother submitted that the trial judge in Nova Scotia ought to have remitted the application to New Brunswick for further evidence.

[27] The Nova Scotia Court of Appeal dismissed the mother's appeal. It found that, in the unique circumstances of the case, fresh evidence could be accepted to complete the record and provide a full understanding of the proceedings in both provinces. The Court determined the materials forwarded by the New Brunswick Court, together with the recitals in the provisional order were sufficient to satisfy the requirements of s. 18(3) of the *Divorce Act*. The Court of Appeal found the trial judge neither erred in law nor in the exercise of his discretion in refusing to confirm the

provisional order and in varying it. The Court found the variation order provided a practical and fair solution which met the needs of the children and the means of the parents. Moreover, the Court of Appeal did not find any error in the judge's decision not to remit to the New Brunswick Court for receipt of further evidence. I agree that s. 18(5) indicates that any decision to remit is entirely within the discretion of the confirming court, as long as the confirming court has sufficient evidence to allow it to make a proper decision. Finally, the Court of Appeal determined that, although there were "evidentiary gaps", the confirming judge was "confident that he had sufficient evidence before him to craft a fair and sensible solution" and it was "not prepared to second guess him on that finding" (para.59).

[28] The case before us is easily distinguished from *Koval v. Brinton*. First, I cannot say the judge had sufficient evidence before him to "craft a fair and sensible solution". The sole evidence the judge had before him regarding undue hardship and retroactivity of support was an affidavit that contained the mother's responses to specific questions asked by the judge. She was not afforded an opportunity to reply on the issues in play in a meaningful way. Second, *Koval v. Brinton* can further be distinguished on the basis that the order did not operate retroactively (see para. 67). Finally, the underlying proceedings have severe ramifications. Let me explain.

[29] The process to obtain provisional orders is structured to ensure the parties have the opportunity to be fully heard before a final determination is made. In this appeal, the respondent put forth a case to be met regarding undue hardship and retroactivity, but the appellant was deprived of a reasonable opportunity to respond to the respondent's claims. Failure to provide each party with the opportunity to be fully heard constitutes an error in law.

[30] In the circumstances, the issues contained in the remaining grounds of appeal are best left to be addressed by an application judge after the appellant has been afforded the opportunity to make a full reply.

VI. Disposition

[31] For the above reasons, I would allow the appeal and set aside the application judge's order. During the hearing, the parties advised they intended to have the application heard in New Brunswick with both parties present and represented by counsel. In the result, I would remit the matter to the Court of Queen's Bench of New Brunswick, Family Division, for a full and proper hearing. I would order the respondent to pay costs on appeal of \$1,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Il s'agit de l'appel d'une décision rendue par un juge de la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, qui a confirmé, en la modifiant, conformément à l'art. 19 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), une ordonnance conditionnelle rendue par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de la famille.

II. Le contexte

[2] Les parties se sont mariées le 12 octobre 1991 et se sont séparées le 9 novembre 1998. Elles ont signé une entente de séparation le 30 novembre 1998 et une entente de modification le 26 mai 2000, réglant ainsi tous les points litigieux découlant de leur séparation. Les parties ont divorcé le 18 juillet 2000 et une ordonnance de mesures accessoires, qui comprenait les clauses des deux ententes, a été incorporée dans l'ordonnance de divorce. Les parties ont deux enfants qui sont maintenant respectivement âgés de dix-sept et quinze ans. Les enfants habitent avec la mère appelante à Stillwater Lake, en Nouvelle-Écosse. Le père intimé habite à Edmundston, au Nouveau-Brunswick. Il exerce des droits d'accès auprès des enfants environ cinq fois par année.

[3] Il vaut la peine de souligner que de 2002 à 2007, l'intimé n'avait pas fourni à l'appelante des copies de ses déclarations de revenus annuelles comme l'exigeait l'ordonnance de mesures accessoires. Néanmoins, un peu avant l'audition de la demande, l'intimé a fourni à l'appelante ses déclarations de revenus pour les années 2002, 2003, 2004 et 2005. Il ne lui a pas, toutefois, fourni les renseignements concernant ses revenus pour l'année 2006.

[4] Le 28 novembre 2007, l'appelante a déposé une demande de modification devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de la famille. L'affaire a été instruite sur une base conditionnelle, sous le régime des art. 17 et 18 de la *Loi sur le divorce*, conformément auxquels l'appelante a demandé : (1) des aliments au profit des enfants avec effet rétroactif au 1^{er} juin 2002 et (2) une contribution à des dépenses extraordinaires avec effet rétroactif à compter de 2006. En janvier 2008, cette demande a été modifiée afin que la rétroactivité prenne effet en 2004.

[5] L'appelante a comparu devant le juge Douglas C. Campbell, de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, le 14 mars 2008. L'intimé n'avait pas été avisé de la tenue de cette audience et il n'y a donc pas assisté. Le 2 avril 2008, le juge Campbell a rendu une ordonnance conditionnelle conformément au par. 18(2) de la *Loi sur le divorce*. L'ordonnance a ensuite été transmise à la Cour du Banc de la Reine, Division de la famille, à Edmundston par l'intermédiaire du Cabinet du procureur général du Nouveau-Brunswick.

[6] L'intimé a déposé ses documents en réponse à la demande de modification et à l'ordonnance conditionnelle à la Cour du Banc de la Reine le 7 mai 2009. Sa réponse comprenait une demande pour difficultés excessives conformément à l'art. 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175, ainsi qu'une demande de modification de sa contribution aux dépenses extraordinaires à compter de 2002. Le 7 mai 2009, l'intimé a aussi fait parvenir à l'appelante, par télécopieur et par service de messagerie, une copie complète de ces renseignements. L'audience a été fixée au 14 mai 2009.

[7] Le 13 mai 2009, l'appelante a fait parvenir à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille, une lettre dans laquelle elle demandait qu'on lui donne la possibilité de répondre aux prétentions de l'intimé, conformément au par. 18(5) de la *Loi sur le divorce*. Le 14 mai 2009, un juge de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille, a ajourné l'audience pour permettre à l'appelante de présenter une réponse. L'appelante n'a pas comparu lors de

cette audience. La situation a particulièrement prêté à confusion du fait que le juge a ordonné à l'appelante de produire des renseignements conformément au par. 6(3) de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*, L.N.-B. 2002, ch. I-12.05. Cette *Loi* ne s'applique pas à la modification d'ordonnances rendues conformément à la *Loi sur le divorce*. Le 2 juillet 2009, l'appelante a déposé un affidavit supplémentaire en conformité avec l'ordonnance du juge saisi de la demande. Le juge n'a pas renvoyé la demande à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse afin que des éléments de preuve supplémentaires soient recueillis comme le prévoit le par. 18(5) de la *Loi sur le divorce*.

[8] Le 26 novembre 2009, l'intimé a comparu devant le juge saisi de la demande conformément au par. 19(2) de la *Loi sur le divorce*. L'appelante n'a pas comparu.

[9] Le 17 mars 2010, le juge saisi de la demande a confirmé l'ordonnance conditionnelle, en apportant toutefois les modifications suivantes à l'ordonnance alimentaire :

[TRADUCTION]

LA COUR REND L'ORDONNANCE SUIVANTE :

1. L'intimé est autorisé à déduire de son revenu les dépenses automobiles qu'il engage pour affaires ainsi que ses cotisations professionnelles.
2. Le revenu de l'intimé pour les années 2002 à 2008, déposé par l'intimé, a été déterminé au moyen du logiciel de calcul du droit à pension alimentaire DivorceMate's Chequemate Spousal Guidelines Calculator, et son revenu pour l'année 2009 a été déterminé conformément à l'État financier de l'intimé (Formule 72J) et confirmé à :

2002	95 400,00 \$
2003	83 148,00 \$
2004	88 820,00 \$
2005	115 164,00 \$
2006	83 854,00 \$

2007	85 477,00 \$
2008	90 365,00 \$
2009	90 400,00 \$

3. La demande que l'intimé a faite conformément à l'art. 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* est accueillie et la Cour ordonne, comme mesure réparatoire, que l'intimé soit autorisé à déduire de son obligation alimentaire envers les enfants la somme de **SIX CENTS DOLLARS (600,00 \$)** par droit de visite exercé, jusqu'à concurrence de **SEPT (7)** visites par année.
4. Le montant de la pension alimentaire au profit des enfants sera calculé pour les années 2002 à 2009 en fonction du revenu confirmé de l'intimé conformément au tableau figurant au paragraphe 2 et des tables fédérales de pensions alimentaires pour enfants applicables au Nouveau-Brunswick.
5. Après le 2 juillet 2005, les **CENT DOLLARS (100,00 \$)** que verse l'intimé à la requérante toutes les deux semaines sont considérés être des aliments au profit des enfants. Par conséquent, cette somme sera prise en compte pour les fins du calcul des aliments au profit des enfants payés en trop ou exigibles de juillet 2005 à 2009, conformément à l'annexe « B » jointe à la présente ordonnance.
6. L'intimé a versé en trop à la requérante, au titre de son obligation alimentaire à l'endroit des enfants, la somme de **VINGT-HUIT MILLE SEPT CENT QUATRE-VINGT-SEIZE DOLLARS (28 796,00 \$)** de janvier 2002 à décembre 2009, conformément à l'annexe « A » jointe à la présente ordonnance. La requérante devra rembourser cette somme dans les **SIX (6)** mois de la date de la présente ordonnance ou encore, cette somme pourra également être remboursée par voie de *compensation*.
7. L'intimé versera à la requérante des aliments au profit des enfants de **CINQ CENT SOIXANTE ET ONZE DOLLARS (571,00 \$)** toutes les deux semaines pour deux enfants, ce montant étant fondé

sur un revenu annuel de **QUATRE-VINGT-DIX MILLE QUATRE CENTS DOLLARS (90 400,00 \$)** pour 2009, puis conformément aux tables fédérales de pensions alimentaires pour enfants applicables au Nouveau-Brunswick à compter du 1^{er} janvier 2010, jusqu'à ce que la Cour rende une nouvelle ordonnance.

8. L'intimé remettra à la requérante une copie de sa T4 et des annexes pertinentes exposant en détail les dépenses automobiles engagées pour affaires au cours de l'année précédente au plus tard le premier jour de juin de chaque année et le montant de la pension alimentaire au profit des enfants sera rajusté conformément aux tables fédérales de pensions alimentaires pour enfants applicables au Nouveau-Brunswick le premier jour de juin de chaque année, à compter de juin 2010.
9. **À l'exception des dépenses extraordinaires auxquelles l'intimé a consenti** et qui sont énoncées à l'annexe « B » jointe à la présente ordonnance, les autres dépenses invoquées par la requérante, savoir notamment les fournitures scolaires, l'inscription chez les Guides et l'uniforme, les cours de théâtre, les cours de danse, les leçons de patinage, les droits d'inscription à la ringuette et l'achat d'équipement, les camps d'été, les voyages scolaires, les cours de couture, la location d'un saxophone et l'achat d'un saxophone, l'aiguisage de patins, des repas, des chambres d'hôtel et des droits de péage pour des tournois de hockey, ne constituent pas des dépenses extraordinaires ni au sens des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* ni selon la jurisprudence (*Hines c. Hines*, [2004] A.N.-B. n° 373, et *M.S. c. G.H.*, [2006] A.N.-B. n° 375).
10. La part des dépenses extraordinaires qui incombe à chaque parent, calculée au pro rata, en fonction du revenu confirmé de l'intimé et du revenu de la requérante pour les années 2002 à 2009, est la suivante :

	Revenu de la requérante	Part proportionnelle de la requérante	Revenu de l'intimé	Part proportionnelle de l'intimé
2002	42 000,00 \$	31 %	95 400,00 \$	69 %
2003	42 000,00 \$	34 %	83 148,00 \$	66 %
2004	41 740,00 \$	32 %	88 820,00 \$	68 %
2005	46 884,00 \$	29 %	115 164,00 \$	71 %
2006	46 068,00 \$	35 %	83 854,00 \$	65 %
2007	49 649,00 \$	37 %	85 477,00 \$	63 %
2008	47 017,00 \$	34 %	90 365,00 \$	66 %
2009	47 017,00 \$	34 %	90 400,00 \$	66 %

11. L'intimé doit **CINQ MILLE TROIS CENT TRENTE-TROIS DOLLARS ET TRENTE-SIX CENTS (5 333,36 \$)** au titre des dépenses extraordinaires engagées de janvier 2002 à décembre 2009 selon l'annexe « B » jointe à la présente ordonnance. L'intimé devra payer cette somme à la requérante dans les six mois de la date de la présente ordonnance ou encore, cette somme pourra également être remboursée par voie de *compensation*.
12. À compter du 1^{er} janvier 2010, la part proportionnelle des dépenses extraordinaires qui incombe à l'intimé s'établit à **SOIXANTE-SIX POUR CENT (66 %)** et l'intimé remboursera dans cette proportion chaque dépense extraordinaire présentée par la requérante à compter du 1^{er} janvier 2010.
13. À partir d'aujourd'hui, la requérante et l'intimé discuteront de chaque dépense extraordinaire avant d'engager cette dépense.
14. La requérante devra présenter à l'intimé un résumé des dépenses extraordinaires accompagné des reçus tous les **TRENTE JOURS (30 JOURS)**.

15. L'intimé remboursera à la requérante sa part des dépenses extraordinaires dans les **TRENTE JOURS (30 JOURS)** de la demande de paiement.
16. Chaque partie supportera ses propres frais de justice.

III. Les questions à trancher

[10] Le mémoire de l'appelante expose six moyens d'appel. L'intimé a souscrit au moyen relatif à la déduction des crédits d'impôt. Les moyens restants sont les suivants :

- (1) Le juge a commis une erreur de droit en omettant d'enregistrer les motifs de sa décision conformément au par. 10(6) des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*;
- (2) Le juge a commis une erreur de droit et de fait en acceptant la demande de l'intimé pour difficultés excessives conformément à l'art. 10 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*;
- (3) Le juge a commis une erreur de droit et de fait lorsqu'il a calculé le montant de l'obligation alimentaire de l'intimé à l'endroit des enfants en considérant que les 100 \$ que l'intimé a versés toutes les deux semaines à l'appelante à partir du 2 juillet 2005 étaient des aliments au profit des enfants pour les fins du calcul de l'obligation alimentaire de l'intimé envers les enfants;

[...]

- (5) À titre subsidiaire, le juge a commis une erreur de droit en acceptant l'affidavit supplémentaire de l'appelante comme un complément de preuve visé au par. 18(5) de la *Loi sur le divorce*;

- (6) À titre subsidiaire, le juge a commis une erreur de droit en omettant de motiver par écrit, conformément au par. 19(12) de la *Loi sur le divorce*, sa décision de confirmer l'ordonnance conditionnelle avec modification.

IV. La norme de contrôle

- [11] Dans l'arrêt *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, la juge d'appel Larlee a examiné la norme de contrôle applicable dans le cadre des instances ressortissant au droit de la famille :

La norme de contrôle qui s'applique dans le cadre d'un appel de cette nature a été examinée dans l'arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60. La Cour suprême du Canada a énoncé une norme prescrivant une grande déférence envers les décisions des tribunaux de première instance dans des affaires qui ressortissent au droit de la famille. L'intervention en appel n'est justifiée que s'il y a une erreur importante, une erreur significative dans l'interprétation de la preuve ou une erreur de droit.

[...]

[...] Voir les décisions de notre Cour sur l'application de cette norme de déférence : *MacLean c. MacLean* (2004), 274 R.N.-B. (2^e) 90, [2004] A.N.-B. n° 363 (QL), 2004 NBCA 75, au par. 18; *J.P. c. R.R.* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 351, [2004] A.N.-B. n° 467 (QL), 2004 NBCA 98, au par. 27; *Scott c. Scott* (2004), 278 R.N.-B. (2^e) 61, [2004] A.N.-B. n° 468 (QL), 2004 NBCA 99, au par. 32, et *Boudreau c. Brun* (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 126, [2005] A.N.-B. n° 501 (QL), 2005 NBCA 106, au par. 5. [Par. 8 et 9]

[C'est moi qui souligne.]

- [12] Cela est conforme aux commentaires suivants du juge d'appel Richard dans l'arrêt *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, 318 R.N.-B. (2^e) 119 :

Je ne perds pas de vue la norme de révision qui régit les appels en matière de garde, d'accès et d'aliments au regard de laquelle il est impérieux d'accorder à la décision rendue en première instance toute la déférence qu'elle mérite. Toutefois, une cour d'appel demeure néanmoins habilitée dans ces types de cas à annuler ou à modifier une décision ou une ordonnance lorsqu'elle découle d'une erreur de droit, d'une erreur de principe ou d'une méconnaissance grave de la preuve ou si elle est manifestement erronée : se reporter aux arrêts *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), au par. 11, et *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, [2001] A.C.S. n° 60 (QL), 2001 CSC 60. [Par. 35]

[13] En somme, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence envers la décision du juge saisi de la demande lorsque nous examinons une question de droit, ce qui comprend l'interprétation de la *Loi sur le divorce* et des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* aux fins de déterminer si une partie éprouve des difficultés excessives. Le juge n'a pas fourni d'analyse ni d'explication en ce qui concerne sa conclusion selon laquelle l'intimé éprouvait des « difficultés excessives » au sens de l'art. 10 des *Lignes directrices*.

[14] Je suis d'avis que le juge saisi de la demande a commis des erreurs justifiant l'infirmité de sa décision du fait qu'il a : (1) omis de motiver par écrit, conformément au par. 19(2) de la *Loi sur le divorce*, sa décision de confirmer l'ordonnance conditionnelle en la modifiant; et (2) omis d'enregistrer les motifs pour lesquels il a estimé que l'intimé éprouvait des difficultés excessives conformément à l'art. 10 des *Lignes directrices*. Je suis respectueusement d'avis que le juge saisi de la demande a également commis une erreur en ne renvoyant pas l'affaire à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour faire recueillir des éléments de preuve supplémentaires avant de la trancher.

V. Analyse et cadre législatif

[15] L'instance dont nous sommes saisis a été introduite en Nouvelle-Écosse sous le régime des art. 18 et 19 de la *Loi sur le divorce*. Ces dispositions autorisent un processus à deux étapes dans le cadre duquel des ex-époux, qui habitent maintenant dans deux provinces différentes, peuvent déposer des demandes de modification d'ordonnances existantes rendues en vertu de la *Loi sur le divorce* dans la province où ils résident. Lorsque l'époux défendeur ne comparaît pas ou ne participe pas à l'audition de la demande, le juge peut rendre une ordonnance conditionnelle. Cette ordonnance conditionnelle doit ensuite être transmise à la province où le défendeur réside et elle peut faire l'objet d'une confirmation, d'une confirmation avec modification ou d'un refus de confirmation. La *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien* ne s'applique pas aux demandes de modification d'ordonnances alimentaires rendues conformément à la *Loi sur le divorce*. Ces ordonnances doivent être examinées conformément à la *Loi sur le divorce*. La *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien* ne s'applique que lorsqu'une personne désire faire modifier une ordonnance alimentaire existante qui a été accordée en vertu d'une loi provinciale comme la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2. Le processus établi aux art. 18 et 19 de la *Loi sur le divorce* a été ainsi décrit dans l'arrêt *LeParque c. LeParque*, 2005 NSCA 127, [2005] N.S.J. No. 388 (QL) :

[TRADUCTION] [...] C'est un processus lourd et coûteux en temps et en argent dont le juge Handrigan a dit, à juste titre, dans l'arrêt *Lynch c. Lundrigan* (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 62; [2002] N.J. No. 85 (QL) (C.U.F.T.-N., conf. (2004), 237 Nfld. & P.E.I.R. 304; [2004] N.J. No. 195 (QL) (C.A.), qu'il est [TRADUCTION] « peu commode et embarrassant » mais [TRADUCTION] « conçu pour garantir que chaque partie aura la possibilité de se faire entendre pleinement avant qu'une décision définitive ne soit rendue » (au par. 30). [Par. 5]

[16] Les dispositions de l'art. 19 de la *Loi sur le divorce* où il est fait état du processus qui doit être suivi dans le ressort saisi sont ainsi rédigées :

Procedure

19.(2) Subject to subsection (3), where documents have been sent to a court pursuant to subsection (1), the court shall serve on the respondent a copy of the documents and a notice of a hearing respecting confirmation of the provisional order and shall proceed with the hearing, in the absence of the applicant, taking into consideration the certified or sworn document setting out or summarizing the evidence given to the court that made the provisional order.

[...]

Right of respondent

(5) In a proceeding under this section, the respondent may raise any matter that might have been raised before the court that made the provisional order.

Further evidence

(6) Where, in a proceeding under this section, the respondent satisfies the court that for the purpose of taking further evidence or for any other purpose it is necessary to remit the matter back to the court that made the provisional order, the court may so remit the matter and adjourn the proceeding for that purpose.

Order of confirmation or refusal

(7) Subject to subsection (7.1), at the conclusion of a proceeding under this section, the court shall make an order

- (a) confirming the provisional order without variation;
- (b) confirming the provisional order with variation; or
- (c) refusing confirmation of the

Procédure de confirmation de l'ordonnance conditionnelle

19.(2) Sous réserve du paragraphe (3), sur réception des documents visés au paragraphe (1), le tribunal en signifie au défendeur une copie et un avis l'informant qu'il va être procédé à l'instruction de l'affaire concernant la confirmation de l'ordonnance conditionnelle et procède à l'instruction, en l'absence du demandeur, en tenant compte du document certifié conforme ou attesté sous serment où sont énoncés ou résumés les éléments de preuve présentés devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle.

[...]

Droit du défendeur

(5) Dans le cadre de la procédure prévue au présent article, le défendeur peut soulever tout point qui aurait pu l'être devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle.

Complément de preuve

(6) Lorsque le défendeur démontre au tribunal que le renvoi de l'affaire au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle s'impose pour faire recueillir tout élément supplémentaire de preuve ou à toute autre fin, le tribunal peut renvoyer l'affaire en conséquence et suspendre la procédure à cette fin.

Issue de la procédure

(7) À l'issue de la procédure prévue au présent article, le tribunal rend, sous réserve du paragraphe (7.1), une ordonnance :

- a) soit pour confirmer l'ordonnance conditionnelle sans la modifier;
- b) soit pour la confirmer en la modifiant;
- c) soit pour refuser de la confirmer.

provisional order.

[...]

[...]

Further evidence

(8) The court, before making an order confirming the provisional order with variation or an order refusing confirmation of the provisional order, shall decide whether to remit the matter back for further evidence to the court that made the provisional order.

[...]

Complément de preuve

(8) Avant de rendre une ordonnance qui confirme l'ordonnance conditionnelle en la modifiant ou qui refuse de la confirmer, le tribunal décide s'il renvoie l'affaire devant le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle pour qu'il recueille des éléments de preuve supplémentaires.

[...]

Interim order for support of spouse

(9.1) Where a court remits a matter pursuant to this section in relation to a spousal support order, the court may make an interim order requiring a spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of the other spouse, pending the making of an order under subsection (7).

Terms and conditions

(10) The court may make an order under subsection (9) or (9.1) for a definite or indefinite period or until a specified event occurs, and may impose terms, conditions or restrictions in connection with the order as it thinks fit and just.

Ordonnance alimentaire provisoire au profit d'un époux

(9.1) Le tribunal qui renvoie une affaire relative à une ordonnance alimentaire au profit d'un époux peut, avant de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (7), rendre une ordonnance provisoire enjoignant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments de l'autre époux.

Modalités de l'ordonnance

(10) La durée de validité de l'ordonnance rendue par le tribunal au titre des paragraphes (9) ou (9.1) peut être déterminée ou indéterminée ou dépendre d'un événement précis; l'ordonnance peut être assujettie aux modalités ou aux restrictions que le tribunal estime justes et appropriées.

Ce processus vise à garantir que les deux parties auront pleinement la possibilité de se faire entendre avant que l'ordonnance définitive ne soit rendue. Ce n'est pas le processus qui a été suivi en l'espèce. J'examinerai maintenant les questions soulevées par l'appelante.

A. *La demande pour difficultés excessives – art. 10 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*

[17] L'appelante prétend que le juge saisi de la demande a commis une erreur de droit en omettant d'enregistrer les motifs de sa décision relative aux difficultés excessives conformément au par. 10(6) des *Lignes directrices* qui est ainsi rédigé :

Le tribunal doit enregistrer les motifs de sa décision de rajuster le montant de l'ordonnance alimentaire en vertu du présent article. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, le juge du procès a rajusté les montants prévus dans les *Lignes directrices* par suite de sa conclusion selon laquelle il existait des difficultés excessives. Il s'ensuit qu'il a commis une erreur de droit en n'étayant pas ce rajustement au moyen de motifs enregistrés.

B. *Le paragraphe 19(12) de la Loi sur le divorce*

[18] L'appelante prétend également que le juge a commis une erreur de droit en omettant de motiver par écrit, conformément au par. 19(2) de la *Loi sur le divorce*, sa décision de confirmer l'ordonnance conditionnelle en la modifiant. Ce paragraphe est ainsi rédigé :

Report and filing

(12) On making an order under subsection (7), the court in a province shall

(a) send a copy of the order, certified by a judge or officer of the court, to the Attorney General for that province, to the court that made the provisional order and, where that court is not the court that made the support order in respect of which the provisional order was made, to the court that made the support order;

Rapport et dépôt

(12) En rendant l'ordonnance visée au paragraphe (7), le tribunal d'une province :

a) transmet au procureur général de cette province, au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle ainsi qu'au tribunal qui a rendu l'ordonnance alimentaire, dans le cas où ce dernier n'est pas le même que celui qui a rendu l'ordonnance conditionnelle qui s'y rattache, une copie certifiée conforme de l'ordonnance par un juge ou un

fonctionnaire du tribunal;

(b) where an order is made confirming the provisional order with or without variation, file the order in the court; and

b) ouvre un dossier sur l'ordonnance dans le cas où celle-ci confirme l'ordonnance conditionnelle avec ou sans modification;

(c) where an order is made confirming the provisional order with variation or refusing confirmation of the provisional order, give written reasons to the Attorney General for that province and to the court that made the provisional order.

c) fait parvenir ses motifs par écrit au tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle ainsi qu'au procureur général de cette province, dans le cas où il rend une ordonnance qui confirme l'ordonnance conditionnelle avec modification ou qui refuse de la confirmer.

[Emphasis added]

[C'est moi qui souligne]

Ainsi, le juge qui confirme une ordonnance conditionnelle en la modifiant doit faire parvenir ses motifs par écrit au tribunal qui a rendu l'ordonnance ainsi qu'au procureur général de cette province. Là encore, cela n'a pas été fait en l'espèce et il en résulte donc une erreur de droit.

C. *Le paragraphe 18(5) de la Loi sur le divorce*

[19] L'appelante invoque une autre erreur de droit, savoir le fait que le juge a considéré son affidavit supplémentaire comme un complément de preuve ou des « éléments de preuve supplémentaires » au sens du par. 18(5) de la *Loi sur le divorce* :

Further evidence

18.(5) Where, during a proceeding under section 19, a court in a province remits the matter back for further evidence to the court that made the provisional order, the court that made the order shall, after giving notice to the applicant, receive further evidence.

Complément de preuve

18.(5) Le tribunal qui a rendu l'ordonnance conditionnelle est tenu, après notification au demandeur, de recueillir des éléments de preuve supplémentaires lorsque le tribunal saisi de la procédure prévue à l'article 19 lui renvoie l'affaire à cette fin.

[20] Conformément au par. 19(5) de la *Loi sur le divorce*, l'intimé pouvait soulever toute question qui aurait pu l'être devant le juge en Nouvelle-Écosse. Lorsque

l'intimé a soulevé la question des difficultés excessives, l'appelante a demandé qu'on lui donne la possibilité de réfuter cette prétention conformément au par. 18(5) de la *Loi sur le divorce*.

[21] Avant de rendre une ordonnance confirmant l'ordonnance conditionnelle, avec modification, le juge devait décider s'il fallait renvoyer la demande en Nouvelle-Écosse. Il ne l'a pas fait. Il a plutôt ordonné à l'appelante de fournir des renseignements supplémentaires conformément aux dispositions de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*, loi qui ne s'applique pas aux ordonnances rendues en vertu de la *Loi sur le divorce*.

[22] La *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien* ne s'applique pas à la présente instance, malgré le fait que l'intimé ait reçu les formules prescrites par cette *Loi* dans un paquet provenant du gouvernement provincial, lorsqu'il a reçu avis de l'ordonnance conditionnelle. L'intimé a déposé des formules visées à la Partie I de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*. Il est expressément dit dans cette loi que la Partie I s'applique seulement en l'absence d'une ordonnance de soutien en vigueur. La Partie II ne s'applique qu'à l'enregistrement et à l'exécution des ordonnances rendues à l'extérieur du Nouveau-Brunswick et la Partie III s'applique aux ordonnances de soutien qui n'ont pas été rendues en vertu de la *Loi sur le divorce*.

[23] L'examen du dossier révèle que le juge a accepté l'affidavit supplémentaire de l'appelante comme étant sa réponse conformément au par. 18(5) de la *Loi sur le divorce*. L'appelante prétend toutefois que si elle a déposé son affidavit, c'était tout simplement afin de se conformer à l'ordonnance du juge qui lui enjoignait de fournir des renseignements supplémentaires conformément au par. 6(3) de la *Loi sur l'établissement et l'exécution réciproque des ordonnances de soutien*. Il n'avait pas pour but de constituer une réponse complète à la prétention de l'intimé selon laquelle il éprouvait des difficultés excessives ni de remplacer la possibilité qui devait lui être accordée de rendre témoignage devant un tribunal de la Nouvelle-Écosse. En fait,

l'appelante y répondait à des questions expressément formulées par le juge, conformément à l'ordonnance datée du 14 mai 2009 que ce dernier avait rendue. Il s'en est suivi que l'appelante n'a pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue sur la question des difficultés excessives devant le tribunal approprié.

[24] Aux termes du paragraphe 19(8), le juge avait le pouvoir discrétionnaire de ne pas renvoyer l'affaire au tribunal de la Nouvelle-Écosse afin qu'il recueille des « éléments de preuve supplémentaires ». En l'espèce, toutefois, le tribunal du Nouveau-Brunswick aurait dû envisager la possibilité d'effectuer ce renvoi, conformément aux par. 18(5) et 19(8) de la *Loi sur le divorce*. Si le juge avait renvoyé l'affaire, l'appelante aurait pu répondre convenablement aux prétentions de l'intimé concernant la rétroactivité et les difficultés excessives.

[25] Dans la décision *Koval c. Brinton*, 2010 NSCA 78, [2010] N.S.J. No. 520 (QL), un juge de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Division de la famille, avait refusé de confirmer une ordonnance conditionnelle de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille. Le juge de la Nouvelle-Écosse avait plutôt choisi de modifier l'ordonnance. Le père s'était trouvé à être dispensé de l'obligation de faire, à l'avenir, d'autres contributions aux dépenses visées à l'art. 7 et engagées pour ses enfants et ce, en raison des frais importants qu'il devait supporter pour exercer ses droits d'accès.

[26] La mère a interjeté appel et a demandé l'autorisation de présenter des preuves nouvelles pour le motif que l'ordonnance modificative qu'avait rendue le juge résultait d'une erreur de droit et de l'exercice abusif d'un pouvoir discrétionnaire. Elle a prétendu que le dossier que le tribunal du Nouveau-Brunswick avait fait parvenir en Nouvelle-Écosse était défectueux parce qu'il ne contenait pas de transcription de l'audition de la demande d'ordonnance conditionnelle. La mère a prétendu que le juge du procès en Nouvelle-Écosse aurait dû renvoyer la demande au Nouveau-Brunswick pour que des éléments de preuve supplémentaires soient recueillis.

[27] La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a rejeté l'appel interjeté par la mère. Elle a conclu que dans les circonstances, qui étaient exceptionnelles, des preuves nouvelles pouvaient être acceptées aux fins de compléter le dossier et pour qu'elle puisse avoir une compréhension globale des instances tenues dans les deux provinces. La Cour a estimé que les documents transmis par le tribunal du Nouveau-Brunswick, ajoutés aux attendus de l'ordonnance conditionnelle, étaient suffisants pour répondre aux exigences du par. 18(3) de la *Loi sur le divorce*. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait commis d'erreur ni en droit ni dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en refusant de confirmer l'ordonnance conditionnelle et en la modifiant. La Cour a conclu que l'ordonnance modificative apportait une solution pratique et équitable qui répondait aux besoins des enfants et respectait les moyens des parents. De plus, la Cour d'appel n'a vu aucune erreur dans la décision du juge de ne pas renvoyer l'affaire au tribunal du Nouveau-Brunswick afin qu'il recueille un complément de preuve. Je reconnais que le par. 18(5) indique que la décision de renvoyer l'affaire relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du tribunal saisi de la demande de confirmation, à la condition que ce dernier dispose d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de rendre une décision convenable. Finalement, la Cour d'appel a jugé que bien qu'il y eut certaines [TRADUCTION] « lacunes sur le plan de la preuve », le juge saisi de la demande de confirmation était [TRADUCTION] « persuadé de disposer d'éléments de preuve suffisants pour apporter une solution équitable et raisonnable », et elle n'était [TRADUCTION] « pas disposée à remettre en question sa conclusion à cet égard » (par. 59).

[28] Il est facile d'établir une distinction entre la présente instance et l'affaire *Koval c. Brinton*. Premièrement, je ne puis affirmer que le juge disposait d'éléments de preuve suffisants pour [TRADUCTION] « apporter une solution équitable et raisonnable ». Les seuls éléments de preuve dont disposait le juge en ce qui concernait les difficultés excessives et la rétroactivité des aliments consistaient en un affidavit qui contenait les réponses de la mère à des questions précises posées par le juge. La mère n'a pas eu la possibilité de répondre d'une façon significative aux questions qui étaient en jeu. Deuxièmement, l'arrêt *Koval c. Brinton* peut également être écarté en raison du fait

que l'ordonnance, dans cette affaire, n'avait pas d'effet rétroactif (voir le par. 67).
Finalement, les procédures sous-jacentes ont de profondes ramifications. Je m'explique.

[29] Le processus d'obtention d'une ordonnance conditionnelle est structuré afin de garantir que les parties auront la possibilité de se faire pleinement entendre avant qu'une décision définitive ne soit rendue. Dans le cadre du présent appel, l'intimé a présenté certains éléments de preuve, qui devaient être réfutés, concernant les difficultés excessives et la rétroactivité, mais l'appelante a été privée d'une possibilité raisonnable de répondre aux prétentions de l'intimé. L'omission de donner à chaque partie la possibilité d'être pleinement entendue constitue une erreur de droit.

[30] Dans les circonstances, il vaut mieux laisser au juge qui sera saisi de la demande le soin d'examiner les questions formulées dans les moyens d'appel restants après que l'appelante aura eu la possibilité de présenter une réponse complète.

VI. Dispositif

[31] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance du juge saisi de la demande. Pendant l'audience, les parties nous ont informés qu'elles avaient l'intention de faire instruire la demande au Nouveau-Brunswick en présence des deux parties, lesquelles seront représentées par des avocats. Il s'ensuit que je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, Division de la famille, en vue de la tenue d'une audience complète et en bonne et due forme. Je suis d'avis de condamner l'intimé aux dépens afférents à l'appel que je fixe à 1 500 \$.