

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

90-10-CA

DUANE DOUGLAS MacDONALD

APPELLANT

- and -

KIMBERLEY DAWN MacDONALD

RESPONDENT

MacDonald v. MacDonald, 2011 NBCA 25

CORAM:

The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 6, 2010

History of Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 215

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 22, 2011

Judgment rendered:
March 24, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

DUANE DOUGLAS MacDONALD

APPELANT

- et -

KIMBERLEY DAWN MacDONALD

INTIMÉE

MacDonald c. MacDonald, 2011 NBCA 25

CORAM :

L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Quigg
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 16 juin 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 215

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 22 février 2011

Jugement rendu :
Le 24 mars 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

Duane Douglas MacDonald
appeared in person

Kimberley Dawn MacDonald
appeared in person

THE COURT

The appeal is dismissed without costs.

Avocats à l'audience :

Duane Douglas MacDonald,
a comparu en personne

Kimberley Dawn MacDonald,
a comparu en personne

LA COUR

L'appel est rejeté sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

- [1] This appeal arises from prolonged and bitter family litigation lasting seven years, one year longer than the marriage itself. The parties signed two consent orders. The order under the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) settled all issues relating to custody, access, and child support. The order pursuant to the *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, settled the division of marital property and debts. The motion judge found there had not been a material change in circumstances since the making of the order relating to the custody of the children, and therefore refused to vary the order. She also refused to set aside the order dealing with marital property; more particularly, she refused to reimburse the appellant a portion or all of the pension funds paid by his employer to the respondent.
- [2] The parties were self-represented at trial and at the appeal. Before us, the appellant applied to admit numerous documents as fresh evidence in support of his contention that the consent orders were fundamentally unfair to him, and that he entered into them under duress and with inequality of bargaining power. In the panel's view, the material proffered as fresh evidence did not meet the test for admissibility (see *R. v. Palmer*, [1980] 1 S.C.R. 759, [1979] S.C.J. No. 126 (QL); *D.L.M. v. J.A.M.*, 2008 NBCA 2, 326 N.B.R (2d) 111; *P.R.H. v. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 N.B.R. (2d) 100, paras. 39-42).
- [3] In particular, we were not satisfied the evidence in question would have affected the outcome. We, therefore, dismissed the motion to adduce fresh evidence.
- [4] The appellant and respondent were married in 1997, separated in 2004, and divorced in 2008. They have two children aged 9 and 11. In 2004, a judge of the Court of Queen's Bench granted an interim order giving primary physical custody of the children to the respondent, with scheduled access to the appellant. The parties agreed to a

consent order (signed January 2008) which dealt with custody, access, child support, and contributions to special and extraordinary expenses. A second consent order signed by the parties (effective October 29, 2004) dealt with marital property and debts. There have been numerous proceedings in the Court of Queen's Bench since the execution of the orders.

[5] The motion which is the subject of this appeal was heard in June 2010. The hearing lasted three days. The motion judge found no basis on which to set aside or vary either consent order.

[6] The appellant submits the motion judge erred in not: (1) recognizing that he signed the October 29, 2004 consent order and the January 2, 2008 consent order under duress, and while under undue influence and in circumstances reflecting unconscionability and inequality in bargaining power; (2) recognizing that a material change in circumstances has occurred since the signing of both consent orders in order to allow a variation in custody; and (3) awarding him the sum of \$32,728.65 due to an unequal division of assets. Finally the appellant argues the motion judge erred by giving unfair assistance to the respondent at the hearing.

[7] The standard of review that applies to family matters generally is that the judge's decision must be given considerable deference. An appellate court is empowered to set aside or vary a decision or order 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) para. 11; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *Savoie v. Levesque*, 2009 NBCA 47, [2009] N.B.J. No. 282 (QL); *Ms. P.H. v. Mr. P.H.*, 2008 NBCA 17, [2008] N.B.J. No. 52 (QL); *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300, para. 14.; *J.E.J. v. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, [2007] N.B.J. No. 249 (QL), para. 35; *S.H. v. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 N.B.R. (2d) 314, para. 2).

[8] From the motion judge's reasons for decision, it is clear she understood the law with respect to duress and undue influence regarding separation agreements: she relied on *Lietz v. Lietz* (1990), 111 N.B.R. (2d) 128 (Q.B.), [1990] N.B.J. No. 1003 (QL), in which Riordon J. dealt with a similar situation. She considered the following facts: the appellant had a lawyer at various times during the periods following the separation, he had the intelligence to appreciate the nature and significance of the agreement reflected in the consent order, and he had a job with the federal government (he worked for the past 15 years for Public Works and Government Services Canada, Pension Division). The motion judge found there was no evidence of any duress or the exercise of undue influence on the appellant by the respondent. The motion judge was of the view that the financial stress the appellant found himself under following separation was no different than most others in the same situation. She concluded he was not under duress or undue influence when he signed the consent order. The motion judge made findings of fact which were open to her to make on the evidence, and she came to a conclusion that is untainted by any reversible error (see *Hartshorne v. Hartshorne*, 2004 SCC 22, [2004] 1 S.C.R. 550 in which Bastarache J. cautions courts to be reluctant to second-guess the arrangement on which parties are reasonably expected to rely). Competent negotiation skills on the part of the respondent's lawyer cannot be confused with the legal notions of undue influence and inequality of bargaining power. I would not disturb the trial judge's findings and, therefore, the division of the pension and other marital property contained in the consent order must stand.

[9] With respect to the consent order dealing with custody, the motion judge found the threshold had not been met to demonstrate a material change in the circumstances of the children, or the parents' ability to meet their needs, since the signing of the January 2008 consent order. Accordingly, there was no requirement to embark on a fresh inquiry as to the "best interests of the children". This disposition reflects a correct application of the law to the facts as found by the motion judge (see *Gordon v. Goertz*, [1996] 2 S.C.R. 27, [1996] S.C.J. No. 52 (QL)). In my view the motion judge's reasons adequately address the pertinent criteria. Applying the standard of review enunciated in *Van de Perre*, there is no basis for intervention on appeal.

[10] Finally, there is nothing in the record, including the transcript of the three-day hearing, to persuade me the appellant was denied a fair trial. This ground of appeal must fail.

[11] For these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

LA JUGE LARLEE

[1] Le présent appel découle d'un litige familial prolongé et acrimonieux qui a duré sept ans, un an de plus que le mariage. Les parties ont signé deux ordonnances par consentement. L'ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.), a réglé toutes les questions relatives à la garde, à l'accès et à la pension alimentaire au profit des enfants. L'ordonnance rendue en vertu de la *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, a réglé la répartition des biens matrimoniaux et des dettes matrimoniales. La juge saisie de la motion a conclu qu'il n'y avait pas eu de changement de situation important depuis que l'ordonnance concernant la garde des enfants avait été rendue, et elle a donc refusé de modifier l'ordonnance. Elle a également refusé d'annuler l'ordonnance portant sur les biens matrimoniaux; plus particulièrement, elle a refusé de rembourser à l'appelant, en totalité ou en partie, les sommes payées à l'intimée par l'employeur de l'appelant au titre du régime de retraite.

[2] Les parties se sont représentées elles-mêmes au procès et à l'appel. Devant nous, l'appelant a demandé l'admission de nombreux documents à titre de nouvelle preuve à l'appui de son assertion voulant que les ordonnances par consentement aient été foncièrement injustes envers lui et qu'il s'y soit engagé par contrainte et avec un pouvoir de négociation inférieur. Notre formation de juges est d'avis que les documents présentés à titre de nouvelle preuve ne satisfaisaient pas au critère d'admissibilité (voir *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, [1979] A.C.S. n^o 126 (QL), *D.L.M. c. J.A.M.*, 2008 NBCA 2, 326 R.N.-B. (2^e) 111, et *P.R.H. c. M.E.L.*, 2009 NBCA 18, 343 R.N.-B. (2^e) 100, par. 39-42).

[3] En particulier, nous n'avons pas été convaincus que la preuve en question aurait modifié l'issue de l'affaire. En conséquence, nous avons rejeté la motion en présentation de preuves nouvelles.

[4] L'appelant et l'intimée se sont mariés en 1997, se sont séparés en 2004 et ont divorcé en 2008. Ils ont deux enfants, âgés de 9 et 11 ans. En 2004, une juge de la Cour du Banc de la Reine a rendu une ordonnance provisoire accordant à l'intimée la garde physique principale des enfants, et un droit d'accès, selon un horaire fixe, à l'appelant. Les parties ont convenu d'une ordonnance par consentement (signée en janvier 2008) qui portait sur la garde, l'accès, la pension alimentaire en faveur des enfants et les contributions aux dépenses spéciales et extraordinaires. Une deuxième ordonnance par consentement, signée par les parties (qui est entrée en vigueur le 29 octobre 2004), portait sur les biens et les dettes matrimoniaux. De nombreuses procédures ont eu lieu à la Cour du Banc de la Reine depuis la signature des ordonnances.

[5] La motion qui fait l'objet du présent appel a été entendue en juin 2010. Les audiences ont duré trois jours. La juge saisie de la motion n'a trouvé aucun motif d'annuler ou de modifier l'une ou l'autre ordonnance par consentement.

[6] L'appelant soutient que la juge saisie de la motion a fait erreur : 1) en ne reconnaissant pas que l'appelant a signé l'ordonnance par consentement du 29 octobre 2004 et celle du 2 janvier 2008 par contrainte, pendant qu'il subissait une influence indue et dans des circonstances marquées par l'iniquité et l'inégalité du pouvoir de négociation; 2) en ne reconnaissant pas qu'un changement de situation important s'était produit depuis la signature des deux ordonnances par consentement de manière à permettre une modification de la garde; et 3) en ne lui accordant pas le paiement d'une somme de 32 728,65 \$ par suite d'une répartition inégale de l'actif. Enfin, il soutient que la juge saisie de la motion a fait erreur en offrant à l'intimée une aide injuste pendant l'audience.

[7] La norme de contrôle qui s'applique généralement aux affaires familiales exige une grande retenue face à la décision du juge. Un tribunal d'appel a le pouvoir d'annuler ou de modifier une décision ou une ordonnance lorsqu'elle est le fruit d'une erreur de droit, d'une erreur de principe, d'une erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou si elle est manifestement erronée (voir *Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n° 9 (QL), par. 11, *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2

R.C.S. 1014, *Savoie c. Levesque*, 2009 NBCA 47, [2009] A.N.-B. n° 282 (QL), *M^{me} P.H. c. M. P.H.*, 2008 NBCA 17, [2008] A.N.-B. n° 52 (QL), *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300, par. 14, *J.E.J. c. S.L.M.*, 2007 NBCA 33, [2007] A.N.-B. n° 249 (QL), par. 35, et *S.H. c. V.B.*, 2007 NBCA 69, 321 R.N.-B. (2^e) 314, par. 2).

- [8] Les motifs de la décision de la juge saisie de la motion montrent clairement qu'elle a compris les principes de droit concernant la contrainte et l'influence indue dans le contexte des ententes de séparation : elle s'est appuyée sur le jugement *Lietz c. Lietz* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 128 (C.B.R.), [1990] A.N.-B. n° 1003 (QL), dans lequel le juge Riordon a examiné une situation semblable. Elle a tenu compte des faits suivants : l'appelant a eu un avocat à divers moments pendant les périodes qui ont suivi la séparation, il avait l'intelligence requise pour bien comprendre la nature et l'importance de l'entente décrite dans l'ordonnance par consentement, et il avait un emploi au gouvernement fédéral (il travaillait depuis 15 ans à la Division des pensions de Travaux publics et Services gouvernementaux Canada). La juge saisie de la motion a conclu qu'il n'y avait aucune preuve indiquant que l'intimée avait exercé une contrainte ou une influence indue sur l'appelant. Elle était d'avis que les difficultés financières qu'a éprouvées l'appelant après la séparation n'étaient pas différentes de celles que connaissent la plupart des autres dans la même situation. Elle a conclu qu'il n'avait pas subi de contrainte ni d'influence indue lorsqu'il a signé l'ordonnance par consentement. La juge saisie de la motion a tiré des conclusions de fait qu'il lui était loisible de tirer à partir de la preuve, et elle en est arrivée à une conclusion qui n'est entachée d'aucune erreur justifiant l'infirmité de sa décision (voir l'arrêt *Hartshorne c. Hartshorne*, 2004 CSC 22, [2004] 1 R.C.S. 550, dans lequel le juge Bastarache avertit les tribunaux qu'ils doivent hésiter à remettre en question l'arrangement que les parties s'attendaient raisonnablement à invoquer). D'excellentes compétences en négociation de la part de l'avocat de l'intimée ne peuvent pas être confondues avec les notions juridiques d'influence indue et de pouvoir de négociation inégal. Je ne modifierais pas les conclusions de la juge du procès, et en conséquence, la répartition de la pension de retraite et des autres biens matrimoniaux indiquée dans l'ordonnance par consentement doit être maintenue.

[9] Pour ce qui est de l'ordonnance par consentement qui traite de la garde, la juge saisie de la motion a conclu que l'ex-époux n'avait pas satisfait à l'obligation de démontrer qu'il y avait eu un changement important dans la situation des enfants, ou dans la capacité des parents de répondre à leurs besoins, depuis la signature de l'ordonnance par consentement de janvier 2008. En conséquence, il n'était pas nécessaire d'entreprendre un nouvel examen de la question de l'« intérêt supérieur des enfants ». Cette décision constitue une application correcte des principes de droit aux faits considérés établis par la juge saisie de la motion (*Gordon c. Goertz*, [1996] 2 R.C.S. 27, [1996] A.C.S. n° 52 (QL)). À mon avis, les motifs de la juge saisie de la motion traitent convenablement des critères pertinents. Quand on applique la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Van de Perre*, il n'existe aucun motif d'intervenir en appel.

[10] Enfin, il n'y a rien dans le dossier, y compris dans la transcription officielle des trois jours d'audience, pour me persuader qu'on a privé l'appelant d'un procès équitable. Ce moyen d'appel doit être rejeté.

[11] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel sans dépens.