

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

122-11-CA

GARY DOUGLAS FLIEGER

APPELLANT

- and -

MARGARET DOREEN LEIGH ADAMS

RESPONDENT

Flieger v. Adams, 2012 NBCA 39

CORAM:

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

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
September 9, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 237

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 20, 2012

Judgment rendered:
April 26, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

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

GARY DOUGLAS FLIEGER

APPELANT

- et -

MARGARET DOREEN LEIGH ADAMS

INTIMÉE

Flieger c. Adams, 2012 NBCA 39

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 9 septembre 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 237

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 20 février 2012

Jugement rendu :
Le 26 avril 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
J. William Cabel

Pour l'appelant :
J. William Cabel

For the respondent:
Jennifer L. Donovan

Pour l'intimée :
Jennifer L. Donovan

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs.

Rejette l'appel avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE J.A.

[1] The appellant, Gary Douglas Flieger, contests an order for variation of spousal support in favour of his ex-wife, Margaret Doreen Leigh Adams, rendered by a judge of the Court of Queen's Bench, pursuant to s. 17 of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.). The motion judge's decision is published at 2011 NBQB 237, 379 N.B.R. (2d) 110.

I. Background

[2] In 2005, the parties separated after 35 years of marriage. In 2006, they signed a consent order regarding division of property and debts, as well as spousal support. In 2008, they divorced; the husband consented to pay monthly spousal support of \$1,750 pursuant to a corollary relief order. At the time, he was earning about \$53,000 a year; the respondent had been unemployed since 2003. In 2010, the appellant went on sick leave and ultimately retired on October 31st of that year. Retirement reduced his income by over 50%. He applied to the Court for a variation of his support obligation, based on a material change in circumstances, since the separation agreement had been based on his income of \$53,000 a year. In anticipation of the hearing of the motion to vary spousal support, the appellant tried to negotiate a settlement. Unable to do so, and notwithstanding the order, he arbitrarily reduced his monthly payment to \$405 bi-weekly to the respondent until the matter could be judicially determined. Albeit there was no enforcement proceeding in this matter, the respondent stated in an affidavit that she had complained to the enforcement officer about the reduction.

[3] At the hearing, the motion judge found the appellant's retirement constituted a material change in circumstances. However, she would not impute any income to the respondent on the basis of accounting for money realized from the division of marital assets. She further found the appellant still had the means to pay some support

and that the respondent fell within an exception to the presumption against “double-dipping” allowed by the Supreme Court of Canada in *Boston v. Boston*, 2001 SCC 43, [2001] 2 S.C.R. 413. Further, the judge refused to apply the *Spousal Support Advisory Guidelines* (the “*Guidelines*”), and explained why she did not. She fixed spousal support at \$405 bi-weekly. She also awarded the respondent \$1,500 costs on the motion.

II. Judge’s Findings

[4] It should be noted that this motion was based on documentary evidence only. So when the motion judge was asked to impute income to both the appellant and the respondent, she had difficulty. She made the following telling comments: “Neither party sought leave to adduce oral evidence or cross examine any of the deponents on their affidavit evidence. Counsel made oral submissions on the facts and assertions contained in the affidavits and the law” (para. 2). “Ms. Adams deposed generally, without any particulars, how she spent her share of the proceeds of the sale of the marital home. She said she used some of the money for moving expenses on two occasions, the purchase of furniture, household goods and necessities and to supplement her income” (para. 20). “Although Ms. Adams has not fully accounted for the capital she received and spent from the division of property I cannot conclude that a significant amount of income should be imputed to her as a result. No evidence was led nor were any submissions made on how much income should be imputed in the event that the Court found it reasonable that part, if not all, of the capital assets should have been kept intact” (para. 28). Referring to the appellant, the motion judge stated: “Furthermore, no evidence was led, nor submissions made, as to what amount of income should be imputed” (para. 30). “Mr. Flieger did not explain what he had done with the \$53,277.89 that he received from the sale of the marital home” (para. 32). Despite these comments the motion judge reached the following conclusions:

To borrow the words of McLachlin J, as she then was, in *Moge*, Ms. Adams sustained a substantial economic disadvantage from the marriage or its breakdown, a fact that the parties recognized when they consented to an order for spousal support without time limitation.

Ms. Adams still suffers economic hardship as a result of the breakdown of the marriage.

It is neither practicable nor possible that Ms. Adams can achieve economic self-sufficiency.

Having regard to the standard of living the parties enjoyed during cohabitation as well as the cost of living, with an annual income of \$10,598.00 Ms. Adams remains in need of spousal support.

Mr. Flieger has the means to continue to pay support to Ms. Adams.

Ms. Adams falls within the exception to the general rule in *Boston* against double recovery.

The spousal support order should be reduced but not terminated. [para. 51]

III. Appellant's Position

[5] The appellant relies on six grounds of appeal. He argues the motion judge erred:

- 1) in finding the support received by the respondent was not adequate to meet her daily needs, thereby justifying her expenditure of equalized assets;
- 2) in finding that the respondent fell within the exception to the general rule against double recovery;
- 3) by misapprehending the evidence regarding the appellant's ability to pay spousal support;
- 4) by misapprehending the evidence in finding that the appellant had the capacity to continue to earn income;

- 5) in awarding an amount of spousal support which is excessive, given the appellant's ability to pay;
- 6) in awarding costs, as the appellant had been successful in his request to have support reduced.

IV. Respondent's Position

[6] The respondent conceded at trial there had been a material change of circumstances because of the appellant's retirement. She insists she was always ready to accept the arbitrary amount the appellant used to reduce the spousal support order and asks the appeal be dismissed with costs.

V. Standard of Review

[7] In *Smith v. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 N.B.R. (2d) 208, Quigg J.A. reiterated what this court stated in *Milton v. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 N.B.R. (2d) 300, regarding spousal support orders; we will only interfere with a support order where there has been an error in principle, a significant misapprehension of the evidence, or the award is clearly wrong (see *Hickey v. Hickey*, [1999] 2 S.C.R. 518, [1999] S.C.J. No. 9 (QL), at para. 11 and *Pollock v. Rioux*, 2004 NBCA 98, 278 N.B.R. (2d) 351, at para. 27).

[8] In *Smith*, Quigg J.A also referred to the standard of review with respect to findings of fact and discretionary orders:

Richard J.A. discusses the standard of review respecting findings of fact in *Lang v. Lang*, [2007] N.B.J. No. 348 (C.A.) (QL):

The law is equally clear that the Court of Appeal cannot re-try a case. The Court of Appeal may only overturn a trial judge's finding of fact [if] it is the result of a palpable and overriding error, and may

only interfere with a discretionary order if it is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, [2002] S.C.J. No. 31 (QL), 2002 S.C.C. 33 and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, [2005] S.C.J. No. 24 (QL), 2005 SCC 25 with regard to findings of fact, and *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, [2003] S.C.J. No. 76 (QL), 2003 S.C.C. 71, at para. 43, with regard to discretionary orders). [para. 12]

VI. Analysis

A. *Misapprehension of evidence*

[9] At trial, the respondent conceded there had been a material change of circumstances and the quantum of the original spousal support order should be varied. The motion judge found there had been such a change and nothing suggested the appellant retired in order to avoid paying spousal support. The parties also agree the respondent still has a need for support. The first ground of appeal alleges the motion judge erred in finding the support received by the respondent before Mr. Flieger's retirement was not adequate to meet her daily needs, thereby justifying her expenditure of equalized assets. At the hearing before us, the appellant framed this argument by saying that, because the motion judge found the amount of spousal support was inadequate, she failed to acknowledge the correctness of the original consent order.

[10] After examining the respondent's income tax disclosure between 2005, the year the parties separated, and 2009, here is exactly how the motion judge worded it:

Ms. Adams paid significant amounts in income tax on the withdrawals she made from her LIF. Her financial statements sworn September 21, 2007 and March 22, 2011 indicate deficits of \$465.00 and \$643.00 per month in her budget. Her 2009 income tax information shows medical

expenses approaching \$1,200.00 per year, an expense which has increased substantially since she lost the benefit of coverage on Mr. Flieger's medical insurance plan. I am satisfied that the spousal support that she received from Mr. Flieger prior to his retirement was not adequate to meet her day-to-day needs and as a result she found it necessary to encroach on her capital.

Although Ms. Adams has not fully accounted for the capital she received and spent from the division of property I cannot conclude that a significant amount of income should be imputed to her as a result. No evidence was led nor were any submissions made on how much income should be imputed in the event that the Court found it reasonable that part, if not all, of the capital assets should have been kept intact. In reaching my conclusion that no income should be imputed to Ms. Adams because she has encroached on her capital I have also taken into consideration the fact that Mr. Flieger has expended a substantial amount of money on an enterprise that has not been profitable. I refer to that expenditure later in these reasons. [paras. 27-28]

[11] These comments in no way impugn the correctness of the original consent support order; the respondent had medical expenses in the period after the order was made that forced her to encroach on her capital. This state of affairs supports the finding that the respondent is in continuing need of spousal support and that it would have been inappropriate for the judge to make a finding that income should be imputed to the respondent by reason of capital encroachment. The original order is deemed to have been correct when it was made and the motion judge made no comment that would challenge its correctness (see *R.P. v. R.C.*, 2011 SCC 65, [2011] S.C.J. No. 65 (QL), at para. 25). In my opinion, this ground of appeal is without merit.

[12] Similarly, the appellant argues the motion judge misapprehended the evidence regarding the appellant's ability to pay spousal support. In fact, the motion judge made the following findings with respect to the appellant. He could increase his means by applying for CPP benefits; the medical evidence did not verify that he was unable to work; since his departure from the job market was recent, he had the capacity to earn income and income could be imputed to him. However, she was unable to do so

because she did not have the evidence to put a dollar amount on his earning capacity. The appellant and his new partner have a hobby farm, raising and selling horses and dogs, which consistently loses money. The appellant shares living expenses with his partner and re-partnering usually is not a ground for reduction of spousal support. In *Chamberlain v. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 N.B.R. (2d) 309, this Court stated that the presence of a new partner, and the new partner's income, are relevant factors to consider in determining the ability to pay (para. 34). These facts support the finding of the motion judge that the appellant continues to have an ability to pay spousal support and the conclusion that she did not misapprehend the evidence regarding the appellant's ability to pay. Similarly, she did not misapprehend the evidence with respect to the finding that the appellant had the capacity to continue to earn income because the medical evidence did not support the contrary view.

B. *Boston v. Boston application*

[13] The appellant also relies on the case of *Boston v. Boston*, with its presumption against double recovery, to assert the respondent is not entitled to continued spousal support. The burden rests upon the party claiming "double-dipping" to prove the specifics of the pension division and to allocate the payor's current income. Once proven, the burden shifts to the recipient to show why one of the exceptions might apply. The exception in this case to the *Boston* "rule" is the one based on need. As this Court pointed out in *Chamberlain v. Chamberlain*:

Major, J. did not make it mandatory to avoid double recovery. He left discretion to motions judges. He explained that there is an exception to the rule against double recovery, whereby a court may consider the equalized portion of a pension as a maintenance asset, and double recovery may be permitted, in cases where spousal support orders are based mainly on need. He states at para. 65, p. 439:

Despite these general rules, double recovery cannot always be avoided. In certain circumstances, a pension which has previously been equalized can

also be viewed as a maintenance asset. Double recovery may be permitted where the payor spouse has the ability to pay, where the payee spouse has made a reasonable effort to use the equalized assets in an income-producing way and, despite this, an economic hardship from the marriage or its breakdown persists. Double recovery may also be permitted in spousal support orders/agreements based mainly on need as opposed to compensation, which is not the case in this appeal. [para. 25]
[Emphasis added.]

See also *Brown v. Brown*, 2012 NBCA 11, 382 N.B.R. (2d) 380, paras. 13-22.

[14] The question for us then is whether this motion judge exercised her discretion judicially. She described the double recovery issue in this manner:

Mr. Flieger deposed that he used \$12,186.35 of his gross share of the retirement allowance to purchase 3.282 years of pensionable service and contributed the remaining \$5,149.76 to his RRSP. The purchase of 3.282 years of pensionable service increased his monthly pension by almost \$299.00 per month. Since Ms. Adams received her share of the pension and retirement allowance he contends that an award of continued spousal support in excess of that portion which was earned after the date of separation would result in a double recovery to Ms. Adams.

Although no evidence was led as to the amount by which his monthly pension increased as a result of his continued employment for a period in excess of 5.25 years following the parties' separation the issue of double recovery is in play in this instance because the \$405.00 biweekly support sought by Ms. Adams exceeds the undivided portion.
[paras. 41-42]

[15] The motion judge then considered the caselaw: in particular, the relevant principles as enunciated in the majority opinion in *Boston* and the objectives of a spousal support variation order under the *Divorce Act*. She relied on the concepts found in *Gallant v. Gallant*, 2002 NBQB 180, 250 N.B.R. (2d) 380, per Wooder J.; *Meiklejohn v. Meiklejohn*, [2001] O.J. No. 3911 (C.A.) (QL), per Rosenberg J.A.; and *Beninger v.*

Beninger, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL), per Prowse J.A. I summarize them as follows: where any “economic hardship from the marriage or its breakdown” persists, the award of spousal support on a variation application must give effect to the objectives of spousal support in s.17(7) of the *Act*; where the satisfaction of the objectives in s. 17(7) of the *Act* can only be achieved by “double dipping”, then the practice is, and should be, condoned; the spousal support award must include a significant compensatory factor arising from the length of the marriage, the fact that the spouse gave up a career to raise children, and a significant needs-based component, taking into account the relative means and needs of the parties. It should also attempt to adjust to some degree for the disparity in the standards of living of the parties, taking into account the standard which they enjoyed during the marriage.

[16] In this case, the motion judge applied the principles to the facts and, in so doing, found this case was an exception to the rule in *Boston* because the spousal support order was based on need, as opposed to compensation, and the respondent continued to suffer economic hardship from the breakdown of the marriage. I would not give effect to the ground of appeal based upon alleged double recovery.

C. *Spousal Support Advisory Guidelines*

[17] After a very thorough analysis of the documentary evidence before her respecting the needs and means of the parties, the motion judge decided the respondent was entitled to support and the appellant had the means to pay. She then turned her mind to the quantum of spousal support to be awarded (see *L.M.P. v. L.S.*, 2011 SCC 64, [2011] S.C.J. No. 64 (QL), at paras. 47-50 for the direction from the Supreme Court to make an appropriate variation). The judge reviewed the jurisprudence, including *Smith v. Smith*, in which Quigg J.A. cautioned trial judges it would “be wise to follow the [Spousal Support Advisory] *Guidelines*” (para. 37). The motion judge then considered the ranges for monthly payments provided by the parties using both Divorcemate calculations (high end of the range: \$431) from the appellant and Chequemate (high end

of the range: \$759) from the respondent. However, the motion judge decided not to apply the *Guidelines* and the appellant submits she is in error in not doing so.

[18] Here is the judge's explanation why the *Guidelines* cannot be applied in this case:

In my opinion the quantum provisions of the *Guidelines* cannot be applied in this case because:

1. There is insufficient evidence to determine Mr. Flieger's income. I would have imputed income to him taking into consideration his earning capacity. Furthermore, the Canada Pension benefits available to Mr. Flieger undoubtedly exceed those estimated by Ms. Adams because he continued to contribute to the plan for more than five years after the parties separated. See the comments about imputing income in Paragraph 6.1 of the *Guidelines*, the Starting Point for Income Determination.

2. As I read Paragraph 14.6 of the *Guidelines* they contain no formulaic adjustment for the economic advantage Mr. Flieger derives from sharing expenses with his current partner, a factor which our Court of Appeal has determined is relevant to the ability to pay spousal support. I recognize that some may argue that movement within the ranges would suffice.

3. Double dipping issues are not taken into account in the guideline formulae.

Notwithstanding that since the Corollary Relief Order was made he paid \$21,000.00 per year for Ms. Adams' support and consistently endured losses from the hobby farm enterprise Mr. Flieger's capital has increased. [paras. 55-56]

[19] I agree with the motion judge that it can be argued the economic advantage the husband derives from sharing expenses with his current partner and the double dipping issue can be addressed by movement within the ranges of the *Guidelines*. Nonetheless, in my opinion, the motion judge's first reason, which describes the insufficient evidence to determine the husband's income, and his entitlement to receive

Canada Pension benefits which would add to his income, was sufficient to deviate from the *Guidelines* and adjust the amount upwards. As Quigg J.A. pointed out in *Smith*:

Although the *Guidelines* are not law *per se*, following them can enhance the legitimacy of a spousal support award, as the *Guidelines* promote consistency and therefore aid in the avoidance of arbitrary decision-making. However, while the *Guidelines* had been considered in over 350 reported decisions nationwide by 2008 (see Rogerson, Carol & Thompson, Rollie, *Spousal Support Advisory Guidelines: Report on Revisions*, July 2008, Department of Justice Canada), they are still a relatively recent development. Constraining the discretion conferred upon judges by the *Divorce Act* with regard to spousal support awards is best left to Parliament.

The *Guidelines* are intended to promote consistency but are not meant to usurp the discretionary powers of trial judges. Indeed, it is too early to know whether an over-dependence on the *Guidelines* may present problems. The *Guidelines* have not been subjected to the rigorous debate to which legislation is typically subjected, nor have they been in use by courts long enough to warrant their incorporation into the common law. [paras. 34-35]

[20] In this case, the motion judge was justified in deviating from the *Guidelines*. She fixed the amount of spousal support at \$405 biweekly, the amount to which the appellant had arbitrarily reduced his court-ordered payment. This results in a monthly payment of \$877.50, which is approximately \$118 a month above the high range Chequemate calculation.

D. *Alleged error in awarding costs*

[21] In my opinion, it was also within the motion judge's discretion to interpret the result at trial as one favourable to the respondent and, therefore, award her \$1,500 in costs. The respondent had conceded the material change in circumstances, acknowledged there would be a variation of the original spousal support order and favoured the *status quo*. The decision of the motion judge confirming the amount the appellant was paying

arbitrarily, and not reducing it further, is probably the most favourable result she could have achieved. The appellant, on the other hand, wanted spousal support terminated or further reduced according to the *Guidelines*, so he clearly was not successful on the motion.

[22] In *MacLellan v. MacLellan*, 2001 NBCA 82, [2001] N.B.J. No. 266 (QL), the trial judge found that since there was a mixed result at trial, there should not be an award of costs. In *MacLellan*, I commented that it was curious that the appellant argued she was more successful at the hearing below than the respondent and therefore deserved to have costs awarded, yet she appealed the most important rulings made by the judge. The appellant in this case does the same thing. He argues he was more successful than the respondent at the hearing, thus he should have been awarded costs, not her, and so he appeals the cost order. He then attacks the motion judge's decision in five other grounds of appeal. I cannot possibly see how it can be said he was successful below.

[23] I would reiterate the comments of Drapeau J.A. (as he then was) in *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. v. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 N.B.R. (2d) 358, [1998] N.B.J. No. 412 (C.A.) (QL) on the issue of the awarding of costs following an event:

It is undoubtedly true that, where the trial judge has exercised his or her discretion as to costs, this court will not intervene unless it is satisfied that the exercise of discretion was manifestly wrong. See *Williams et al. v. Saint John (City)*, [N.B.] and *Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 N.B.R. (2d) 10 (C.A.). ...

The general rule is that the successful party is entitled to costs. It is said that "costs follow the event". In *Distributeur Norbec Enrg. and Gagnon v. Daigle (Clarence) & Fils Ltée* (1984), 57 N.B.R. (2d) 269, this Court expressed the rule as follows at p. 277:

... Normally, the party who recovers judgment is entitled to his costs, although there is no doubt that a judge may exercise his discretion by refusing to make such an award. However, this discretion must

be exercised in accordance with the purposes of the law. [paras. 34-35]

[24] In the present case, the motion judge addressed the issue of costs, determined the respondent was the successful party and awarded costs of \$1,500; that award included disbursements and HST. Her inclusion of disbursements in the award of costs is of doubtful correctness, but it is not challenged on appeal. In my opinion, the motion judge's exercise of discretion is not impeachable. This ground of appeal is without merit.

VII. Disposition

[25] Clearly the respondent is successful on the appeal. I would award her \$1,500 in costs. Her counsel asked that they be paid to her law firm in trust; I would deny that relief. For these reasons, I would dismiss the appeal with costs of \$1,500 payable by the appellant to the respondent.

LA JUGE LARLEE

[1] L'appelant, Gary Douglas Flieger, conteste l'ordonnance modificative de la pension alimentaire de son ex-épouse, Margaret Doreen Leigh Adams, rendue par une juge de la Cour du Banc de la Reine en vertu de l'art. 17 de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.). La décision de la juge saisie de la motion est publiée (2011 NBBR 237, 379 R.N.-B. (2^e) 110).

I. Contexte

[2] En 2005, après trente-cinq ans de mariage, les parties se sont séparées. En 2006, elles ont signé une ordonnance par consentement qui disposait sur la répartition des biens et des dettes, de même que sur les aliments de l'épouse. En 2008, elles ont divorcé; l'époux a consenti à verser les mensualités alimentaires de 1 750 \$ qu'une ordonnance de mesures accessoires prescrivait au profit de l'épouse. Il gagnait alors quelque 53 000 \$ par année; l'intimée était sans emploi depuis 2003. En 2010, l'appelant a obtenu un congé de maladie. Il a fini par prendre sa retraite le 31 octobre de la même année. Par suite de sa retraite, son revenu a connu une diminution de plus de moitié. L'appelant a demandé à la Cour un allègement de son obligation alimentaire du fait d'un changement de situation important, puisque l'entente de séparation supposait qu'il touchait un revenu de 53 000 \$ par année. Il a tenté de négocier un règlement amiable avant l'audition de la motion en modification des aliments de l'épouse. La démarche a toutefois été vaine et, au mépris de l'ordonnance, il a réduit arbitrairement les mensualités qu'il versait à l'intimée pour ne plus lui remettre que 405 \$ toutes les deux semaines, et ce, jusqu'à décision des tribunaux. Bien qu'il n'y ait pas eu exécution forcée de l'ordonnance en l'instance, l'intimée a déclaré, dans un affidavit, qu'elle s'était plainte de la réduction à l'agent d'exécution.

[3] L'audience venue, la juge saisie de la motion a conclu que la retraite de l'appelant constituait un changement de situation important. Elle a refusé, par contre, d'attribuer un revenu à l'intimée sur le fondement de la somme réalisée par suite de la répartition des biens matrimoniaux. Elle a aussi conclu que les ressources de l'appelant lui permettaient toujours le versement d'aliments et que le cas de l'intimée relevait d'une exception à la présomption d'interdiction de la « double ponction », exception prévue par la Cour suprême du Canada dans *Boston c. Boston*, 2001 CSC 43, [2001] 2 R.C.S. 413. La juge a également refusé d'appliquer les *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux* (les *Lignes directrices*) et a donné les raisons de son refus. Elle a accordé à l'épouse une pension alimentaire de 405 \$ toutes les deux semaines, en plus des dépens de la motion, fixés à 1 500 \$.

II. Conclusions de la juge

[4] Il est à noter que la présente motion s'appuyait sur une preuve strictement documentaire. De ce fait, la juge saisie de la motion, lorsqu'elle a été priée d'attribuer un revenu à l'appelant comme à l'intimée, s'est heurtée à des difficultés. Les observations suivantes de la juge sont révélatrices : [TRADUCTION] « Les parties n'ont cherché, ni l'une ni l'autre, à présenter des témoignages oraux ou à contre-interroger les déposants sur leurs affidavits. Les avocats ont fait des observations orales sur les faits et sur les allégations des affidavits, de même que sur le droit » (par. 2). Elle a résumé ainsi le témoignage de l'intimée : [TRADUCTION] « M^{me} Adams a indiqué en gros, sans donner de précisions, comment elle avait dépensé sa part de la vente du foyer matrimonial. Elle a expliqué qu'une partie de l'argent avait servi, deux fois, à acquitter des frais de déménagement, servi à acheter des meubles, des biens et des articles ménagers, et servi enfin de revenu d'appoint » (par. 20). La juge a ajouté : [TRADUCTION] « Bien que M^{me} Adams n'ait pas entièrement rendu compte du capital qu'elle a reçu et dépensé après la répartition des biens, je ne peux conclure qu'il faille, en conséquence, lui attribuer un revenu important. Ni preuve ni observations n'ont été présentées quant au revenu que la Cour devrait attribuer, dût-elle juger qu'il aurait été raisonnable qu'une partie de l'actif d'immobilisation, voire même la totalité, soit demeurée intacte » (par. 28). En ce qui

concerne l'appelant, la juge saisie de la motion a fait remarquer ce qui suit :
[TRADUCTION] « Qui plus est, ni preuve ni observations n'ont été présentées quant au revenu à attribuer [...] M. Flieger n'a pas expliqué ce qu'il avait fait des 53 277,89 \$ reçus par suite de la vente du foyer matrimonial » (par. 30 et 32). En dépit des observations qui précèdent, la juge est arrivée aux conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

M^{me} Adams a subi, pour reprendre les mots de la juge McLachlin (tel était alors son titre) dans *Moge*, un important désavantage économique découlant du mariage ou de son échec, fait que les parties ont reconnu lorsqu'elles ont consenti à une ordonnance qui accordait des aliments à l'épouse sans leur prescrire d'échéance.

M^{me} Adams connaît toujours des difficultés économiques par suite de l'échec du mariage.

Il n'est pas possible que M^{me} Adams atteigne l'indépendance économique.

Compte tenu du niveau de vie dont les parties jouissaient pendant la cohabitation, et du coût de la vie, M^{me} Adams, dont le revenu annuel est de 10 598 \$, a toujours besoin d'un soutien alimentaire.

Les ressources de M. Flieger lui permettent de continuer à verser une pension alimentaire à M^{me} Adams.

L'exception à la règle générale interdisant la double indemnisation, énoncée dans *Boston*, s'applique au cas de M^{me} Adams.

Il y a lieu de réduire les aliments ordonnés au profit de l'épouse, non de les supprimer. [Par. 51]

III. Moyens de l'appelant

[5] Six moyens d'appel sont avancés. Ils font valoir que la juge saisie de la motion :

- 1) a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la pension alimentaire que recevait l'intimée ne suffisait pas à ses besoins quotidiens, ce qui justifiait des prélèvements sur le produit de l'égalisation des biens;
- 2) a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le cas de l'intimée relevait de l'exception à la règle générale interdisant la double indemnisation;
- 3) a commis une erreur dans l'interprétation de la preuve, en ce qui a trait à la capacité de l'appelant de verser une pension alimentaire à l'épouse;
- 4) a commis une erreur dans l'interprétation de la preuve, lorsqu'elle a conclu que l'appelant avait la capacité de continuer à gagner un revenu;
- 5) a commis une erreur lorsqu'elle a accordé à l'épouse une pension alimentaire excessive eu égard à la capacité de payer de l'appelant;
- 6) a commis une erreur dans l'octroi des dépens, étant donné que la demande de réduction des aliments présentée par l'appelant avait été accueillie.

IV. Réponse de l'intimée

[6] L'intimée a concédé, au procès, qu'un changement de situation important était survenu par suite de la retraite de l'appelant. Elle maintient qu'elle a toujours été disposée à acquiescer au montant arbitraire qu'il a choisi pour la réduction des aliments qu'il lui versait. Elle demande que l'appelant soit débouté et condamné aux dépens.

V. Norme de contrôle

[7] Dans l'arrêt *Smith c. Smith*, 2011 NBCA 66, 375 R.N.-B. (2^e) 208, la juge d'appel Quigg a réitéré ce que notre Cour avait déclaré dans *Milton c. Milton*, 2008 NBCA 87, 338 R.N.-B. (2^e) 300, au sujet des ordonnances alimentaires prononcées au profit d'époux : nous n'infirmes une ordonnance alimentaire que s'il y a eu erreur de principe, erreur significative dans l'interprétation de la preuve, ou encore si la décision est manifestement erronée (*Hickey c. Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518, [1999] A.C.S. n^o 9 (QL), par. 11, et *Pollock c. Rioux*, 2004 NBCA 98, 278 R.N.-B. (2^e) 351, par. 27).

[8] Dans *Smith*, la juge d'appel Quigg a également rappelé quelles normes de contrôle sont applicables aux conclusions de fait et aux ordonnances discrétionnaires :

Dans l'arrêt *Lang c. Lang*, [2007] A.N.-B. n^o 348 (C.A.) (QL), le juge d'appel Richard a examiné la norme de contrôle qui s'applique aux conclusions de fait :

[TRADUCTION]

Il est tout aussi clair, en droit, que la Cour d'appel ne peut juger l'affaire de nouveau. La Cour d'appel ne peut infirmer une conclusion de fait du juge du procès que si celle-ci résulte d'une erreur manifeste et dominante et ne peut modifier une ordonnance discrétionnaire que si celle-ci est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve (voir les arrêts *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, [2002] A.C.S. n^o 31 (QL), 2002 CSC 33, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, [2005] A.C.S. n^o 24 (QL), 2005 CSC 25, pour ce qui concerne les conclusions de fait, et l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, [2003] A.C.S. n^o 76 (QL), 2003 CSC 71, au par. 43, pour ce qui concerne les ordonnances discrétionnaires). [Par. 12.]

VI. Analyse

A. *Erreurs dans l'interprétation de la preuve*

[9] Au procès, l'intimée a concédé qu'un changement de situation important était survenu et qu'il convenait de modifier le montant de la pension alimentaire qui lui avait été accordée à l'origine. La juge saisie de la motion a conclu que le changement était survenu et que rien ne donnait à penser que l'appelant avait pris sa retraite dans le dessein de se soustraire au versement d'une pension alimentaire à l'épouse. Les parties conviennent en outre que le besoin de soutien alimentaire de l'intimée persiste. Le premier moyen d'appel porte que la juge saisie de la motion a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la pension alimentaire que l'intimée recevait avant la retraite de M. Flieger ne suffisait pas à ses besoins quotidiens, ce qui justifiait des prélèvements sur le produit de l'égalisation des biens. Devant notre Cour, l'appelant a formulé l'argument ainsi : la juge, parce qu'elle avait conclu que le montant de la pension alimentaire de l'épouse était insuffisant, n'a pas reconnu le bien-fondé de l'ordonnance par consentement originale.

[10] Voici exactement comment la juge saisie de la motion a exprimé son point de vue après s'être penchée sur les chiffres des déclarations de revenu de l'intimée de 2005, année de la séparation des parties, à 2009 :

[TRADUCTION]

M^{me} Adams a dû acquitter un impôt sur le revenu considérable par suite des retraits de son FRV. Ses états financiers faits sous serment le 21 septembre 2007 et le 22 mars 2011 relèvent des déficits budgétaires mensuels de 465 \$ et de 643 \$. Ses renseignements fiscaux de 2009 donnent des frais médicaux de près de 1 200 \$ par année, qui se sont accrus sensiblement depuis qu'elle n'est plus assurée par le régime d'assurance-maladie de M. Flieger. Je suis convaincue que la pension alimentaire que M^{me} Adams recevait de M. Flieger avant la retraite de ce dernier ne suffisait pas à ses besoins quotidiens et que, de ce fait, elle a dû entamer son capital.

Bien que M^{me} Adams n'ait pas entièrement rendu compte du capital qu'elle a reçu et dépensé après la répartition des biens, je ne peux conclure qu'il faille, en conséquence, lui attribuer un revenu important. Ni preuve ni observations n'ont été présentées quant au revenu que la Cour devrait attribuer, dût-elle juger qu'il aurait été raisonnable qu'une partie de l'actif d'immobilisation, voire même la totalité, soit demeurée intacte. J'ai pris en considération également, pour conclure qu'il n'y a pas lieu d'attribuer un revenu à M^{me} Adams parce qu'elle a entamé son capital, le fait que M. Flieger a affecté une somme importante à une entreprise qui n'est pas rentable. Je reviendrai sur cette dépense dans les présents motifs. [Par. 27 et 28]

[11] Ces observations ne mettent aucunement en cause le bien-fondé de l'ordonnance alimentaire par consentement rendue à l'origine; l'intimée a dû engager des frais médicaux, au cours de la période postérieure à l'ordonnance, qui l'ont contrainte à entamer son capital. Cet état de choses autorise à conclure que le besoin de soutien alimentaire de l'épouse intimée persiste et qu'il aurait été inapproprié, de la part de la juge, de statuer pour l'attribution d'un revenu à l'intimée pour avoir entamé son capital. L'ordonnance originale est réputée avoir été bien fondée au moment où elle a été rendue et aucune des observations de la juge saisie de la motion n'en attaque le bien-fondé (*R.P. c. R.C.*, 2011 CSC 65, [2011] A.C.S. n° 65 (QL), par. 25). J'estime que ce moyen d'appel est sans fondement.

[12] L'appelant soutient également que la juge saisie de la motion a commis une erreur dans l'interprétation de la preuve, au chapitre de sa capacité de verser une pension alimentaire à l'épouse. Or, la juge est arrivée aux conclusions suivantes à propos de l'appelant : ses ressources pouvaient s'accroître s'il demandait les prestations du RPC; la preuve médicale ne confirmait pas qu'il était incapable de travailler; comme son départ du marché du travail était récent, il avait la capacité de gagner un revenu et un revenu pouvait lui être attribué. Elle n'a toutefois pas été en mesure d'attribuer un revenu à l'appelant, parce que la preuve dont elle disposait ne lui permettait pas de chiffrer sa capacité de gain. L'appelant et sa nouvelle compagne ont une ferme d'agrément. Cette ferme, où ils pratiquent l'élevage et la vente de chevaux et de chiens, est constamment

déficitaire. Tous deux partagent leurs frais de subsistance, et la formation d'une nouvelle union, d'ordinaire, n'est pas un motif de réduction de la pension alimentaire versée à un ex-époux. Dans l'arrêt *Chamberlain c. Chamberlain*, 2003 NBCA 34, 259 R.N.-B. (2^e) 309, notre Cour a déclaré que la présence d'un nouveau conjoint, ainsi que le revenu de ce nouveau conjoint, sont des facteurs pertinents qui doivent être pris en compte pour déterminer la capacité de payer (par. 34). Les faits qui précèdent montrent que la juge saisie de la motion a eu raison d'estimer que l'appelant avait toujours la capacité de verser une pension alimentaire à l'épouse et autorisent à conclure que la juge, pour ce qui est de la capacité de payer de l'appelant, n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve. De même, elle n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve lorsqu'elle a conclu que l'appelant, étant donné que la preuve médicale n'établissait pas qu'il en était incapable, avait la capacité de continuer à gagner un revenu.

B. *Application de Boston c. Boston*

[13] L'appelant invoque également l'arrêt *Boston c. Boston*, et sa présomption d'interdiction de la double indemnisation, pour affirmer que l'intimée n'a pas droit au maintien d'une pension alimentaire. Le fardeau échoit à la partie qui invoque la « double ponction » de détailler la répartition de la pension et de ventiler le revenu du débiteur alimentaire. Cette preuve faite, le fardeau se déplace et le bénéficiaire doit montrer que l'une des exceptions pourrait s'appliquer. L'exception à la règle de l'arrêt *Boston* est, en l'espèce, celle qui s'appuie sur le besoin du bénéficiaire. Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans *Chamberlain c. Chamberlain* :

Le juge Major n'a pas dit qu'il fallait obligatoirement éviter la double indemnisation. Il a laissé un pouvoir discrétionnaire aux juges des requêtes ou motions. Il a expliqué que la règle interdisant la double indemnisation s'accompagne d'une exception qui permet à la Cour de considérer la partie d'une pension de retraite qui a déjà fait l'objet de l'égalisation comme un bien alimentaire et que la double indemnisation peut être autorisée lorsque l'ordonnance alimentaire est principalement fondée sur le besoin. Voici ce qu'il a dit, au paragraphe 65, à la page 439 [R.C.S.] :

Malgré ces règles générales, la double indemnisation ne peut pas toujours être évitée. Dans certaines circonstances, une pension de retraite qui a déjà fait l'objet de l'égalisation peut également être considérée comme un bien alimentaire. La double indemnisation peut être autorisée quand le conjoint débiteur possède la capacité de payer, quand le conjoint bénéficiaire a fait des efforts raisonnables pour utiliser les biens visés par l'égalisation de manière à produire un revenu et que, malgré cela, des difficultés économiques découlant du mariage ou de la rupture de celui-ci subsistent. La double indemnisation peut également être autorisée dans les ordonnances et ententes alimentaires fondées principalement sur le besoin plutôt que sur l'indemnisation, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi. [Par. 25]

(C'est moi qui souligne.)

On pourra se reporter aussi à *Brown c. Brown*, 2012 NBCA 11, 382 R.N.-B. (2^e) 380, aux par. 13 à 22.

[14] Il s'agit donc pour notre Cour de déterminer si la juge saisie de la motion a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon judiciaire. La juge a indiqué en quels termes se posait la question de la double indemnisation :

[TRADUCTION]

M. Flieger a témoigné qu'il avait affecté 12 186,35 \$, prélevés sur sa part brute de l'allocation de retraite, au rachat de 3,282 années de service qui se sont ajoutées aux années ouvrant droit à pension, et le reste à une cotisation de 5 149,76 \$ à son REER. Le rachat de 3,282 années de service a amené une augmentation de sa pension de près de 299 \$ par mois. Il soutient que, puisque M^{me} Adams a reçu sa part du fonds de pension et de l'allocation de retraite, lui accorder le maintien des aliments et les établir d'après plus que la portion gagnée après la date de séparation se traduirait par une double indemnisation.

Bien que la preuve ne précise pas de combien la pension mensuelle de M. Flieger s'est accrue du fait que son emploi

s'est poursuivi plus de 5,25 années après la séparation, la double indemnisation entre en jeu, parce que les aliments de 405 \$ toutes les deux semaines que M^{me} Adams demande excèdent les aliments qui seraient établis d'après la portion non répartie. [Par. 41 et 42]

[15] La juge saisie de la motion s'est ensuite penchée sur la jurisprudence, en particulier sur les principes pertinents, énoncés dans l'opinion des juges majoritaires de *Boston*, et sur les objectifs que doit avoir, suivant la *Loi sur le divorce*, l'ordonnance modificative des aliments d'un époux. La juge s'est appuyée sur les concepts issus de *Gallant c. Gallant*, 2002 NBBR 180, 250 R.N.-B. (2^e) 380 (la juge Wooder), de *Meiklejohn c. Meiklejohn*, [2001] O.J. No. 3911 (C.A.) (QL) (le juge d'appel Rosenberg), et de *Beninger c. Beninger*, 2007 BCCA 619, [2007] B.C.J. No. 2657 (QL) (la juge d'appel Prowse). Je les résumerai ainsi : lorsque « des difficultés économiques découlant du mariage ou de la rupture de celui-ci » subsistent, la pension alimentaire octroyée par suite d'une demande d'ordonnance modificative doit mettre en œuvre les objectifs que le par. 17(7) de la *Loi* prescrit relativement aux aliments d'un époux; lorsque les objectifs du par. 17(7) de la *Loi* peuvent seulement être atteints par une « double ponction », la pratique est, et doit être, tolérée; le facteur compensatoire doit jouer fortement dans l'établissement de la pension alimentaire, d'après la durée du mariage, l'abandon d'une carrière pour élever des enfants, et les aliments doivent être fondés, en grande part, sur le besoin du bénéficiaire, compte tenu des ressources et des besoins relatifs des parties. Enfin, il convient de tenter, par la pension alimentaire accordée, d'atténuer dans une certaine mesure la disparité des niveaux de vie des parties, eu égard au niveau de vie dont elles jouissaient pendant le mariage.

[16] La juge saisie de la motion a appliqué les principes aux faits et conclu que la présente espèce relevait d'une exception à la règle de l'arrêt *Boston*, parce que l'ordonnance alimentaire rendue au profit de l'épouse était fondée sur le besoin, plutôt que sur l'indemnisation, et que celle-ci continuait d'éprouver des difficultés économiques découlant de la rupture du mariage. Je suis d'avis, en conséquence, de rejeter le moyen de double indemnisation.

C. *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux*

[17] Après une analyse approfondie de la preuve documentaire faisant état des besoins et des ressources des parties, la juge saisie de la motion a décidé que l'intimée avait droit à des aliments et que les ressources de l'appelant lui permettaient de payer. Elle s'est ensuite demandé quel montant accorder à l'épouse (voir la directive de la Cour suprême prescrivant l'octroi d'une modification appropriée, dans *L.M.P. c. L.S.*, 2011 CSC 64, [2011] A.C.S. n° 64 (QL), par. 47 à 50). Elle a examiné les précédents, dont *Smith c. Smith*, arrêt où la juge d'appel Quigg prévenait qu'il serait « judicieux pour les juges [de première instance] de suivre les *Lignes directrices [facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux]* » (par. 37). La juge s'est ensuite penchée sur les fourchettes de mensualités que les parties lui avaient communiquées, fourchettes produites à partir des calculs de *Divorcemate* (pension maximale de 431 \$) dans le cas de l'appelant, et de *Chequemate* (pension maximale de 759 \$) dans le cas de l'intimée. Elle a toutefois choisi de ne pas appliquer les *Lignes directrices* et l'appelant soutient qu'elle a fait erreur sur ce point.

[18] Voici l'explication que la juge a donnée de l'inapplicabilité des *Lignes directrices* en l'espèce :

[TRADUCTION]

À mon avis, les dispositions des *Lignes directrices* portant sur le montant des aliments ne peuvent être appliquées, en l'espèce, pour les raisons suivantes :

1. La preuve est insuffisante pour déterminer le revenu de M. Flieger. Je lui aurais attribué un revenu d'après sa capacité de gain. De plus, les prestations du Régime de pensions du Canada qui s'offrent à M. Flieger sont certainement supérieures à l'estimation qu'en donne M^{me} Adams, puisqu'il a continué à cotiser au régime plus de cinq ans après la séparation des parties. On pourra se reporter aux observations du par. 6.1 des *Lignes directrices* sur l'attribution de revenu (paragraphe intitulé Le point de départ de la détermination du revenu).

2. Je constate, à la lecture du par. 14.6, que les *Lignes directrices* ne contiennent pas de formule de rajustement qui rendrait compte de l'avantage économique que procure à M. Flieger le partage des dépenses avec sa compagne actuelle, facteur que notre Cour d'appel a jugé pertinent dans l'appréciation de la capacité de verser une pension alimentaire pour époux. Certains pourront avancer, je le reconnais, que des modifications s'inscrivant à l'intérieur des fourchettes suffiraient.

3. La double indemnisation n'est pas prise en compte par les formules des lignes directrices.

Malgré que M. Flieger, depuis l'ordonnance de mesures accessoires, ait versé à M^{me} Adams 21 000 \$ par année pour sa pension alimentaire et subi perte sur perte à exploiter la ferme d'agrément, son capital s'est accru. [Par. 55 et 56]

[19] Je pense qu'il est permis d'avancer, avec la juge saisie de la motion, que des modifications de la pension alimentaire qui s'inscriraient à l'intérieur des fourchettes des *Lignes directrices* peuvent rendre compte de l'avantage économique que le partage des dépenses avec sa compagne actuelle apporte à l'époux et parer au problème de la double indemnisation. J'estime néanmoins que le premier motif donné par la juge, où elle indique que la preuve est insuffisante pour déterminer le revenu de l'époux et que ce dernier a droit à des prestations du RPC qui ajouteraient à son revenu, lui permettait, en soi, de s'écarter des *Lignes directrices* et de revoir à la hausse les aliments. Comme la juge d'appel Quigg l'a fait remarquer dans *Smith* :

Même si les *Lignes directrices* ne constituent pas des règles de droit en soi, le fait de les suivre peut rehausser la légitimité du montant de pension alimentaire pour l'époux puisqu'elles favorisent l'uniformité et aident donc à éviter la prise de décisions arbitraires. Par ailleurs, même si, dès 2008, les *Lignes directrices* avaient été prises en considération dans plus de 350 décisions publiées dans le pays (voir Carol Rogerson et Rollie Thompson, *Lignes directrices facultatives en matière de pensions alimentaires pour époux : compte rendu des modifications*, ministère de la Justice du Canada, juillet 2008), elles constituent encore une évolution relativement récente. Il vaut mieux laisser au

législateur le soin de restreindre le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges par la *Loi sur le divorce* relativement aux montants des aliments accordés aux époux.

Les *Lignes directrices* visent à favoriser l'uniformité et non à usurper le pouvoir discrétionnaire des juges de première instance. À vrai dire, il est trop tôt pour savoir si le fait de recourir démesurément aux *Lignes directrices* peut poser des problèmes. Les *Lignes directrices* n'ont pas fait l'objet du débat rigoureux dont les lois font normalement l'objet et elles n'ont pas été utilisées suffisamment longtemps par les tribunaux pour justifier leur incorporation à la common law. [Par. 34 et 35]

[20] En l'espèce, la juge saisie de la motion était fondée à s'écarter des *Lignes directrices*. Elle a fixé à 405 \$ toutes les deux semaines la pension alimentaire de l'épouse intimée, montant que l'appelant avait choisi de verser après avoir arbitrairement réduit la pension que les tribunaux lui avaient ordonné de verser. Il en résulte des mensualités de 877,50 \$, soit quelque 118 \$ de plus que la pension mensuelle maximale des calculs de *Chequemate*.

D. *Le moyen d'erreur dans l'octroi des dépens*

[21] À mon avis, la juge avait aussi le pouvoir discrétionnaire d'interpréter l'issue du procès comme favorable à l'intimée et, donc, de lui accorder des dépens de 1 500 \$. L'intimée avait concédé le changement de situation important, reconnu qu'il y aurait modification de l'ordonnance alimentaire originale rendue à son profit et indiqué qu'elle souhaitait le statu quo. La décision de la juge saisie de la motion de maintenir la pension que l'appelant avait arbitrairement décidé de payer, au lieu d'en réduire le montant, est probablement l'issue la plus favorable que l'épouse intimée pouvait espérer. L'appelant, en revanche, souhaitait la suppression ou une nouvelle réduction des aliments de l'épouse par application des *Lignes directrices*. Sa motion n'a certainement pas été couronnée de succès.

[22] Dans *MacLellan c. MacLellan*, 2001 NBCA 82, [2001] N.B.J. No. 266 (QL), le juge du procès avait conclu que, puisque ni l'une ni l'autre partie n'avait nettement eu gain de cause, il y avait lieu de ne pas accorder de dépens. Dans *MacLellan*, j'ai fait remarquer qu'il était curieux que l'appelante ait prétendu que le jugement de première instance lui avait été plus favorable qu'à l'intimé et qu'elle méritait l'octroi de dépens, alors qu'elle appelait des décisions les plus importantes du juge du procès. L'appelant, ici, agit de même. Il soutient qu'il l'a emporté sur l'intimée lors de l'audience, que des dépens auraient dû lui être accordés par conséquent, et non à l'intimée, et appelle de sa condamnation aux dépens. Il attaque ensuite la décision de la juge saisie de la motion par cinq autres moyens d'appel. Je ne vois absolument pas comment il peut être affirmé que l'appelant a eu gain de cause.

[23] Je reprends ici les observations que le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a formulées dans *Acadia Marble, Tile & Terrazzo Ltd. c. Oromocto Property Developments Ltd.* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 358, [1998] A.N.-B. n^o 412 (C.A.) (QL), sur l'octroi de dépens en fonction de l'issue de l'instance :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que, lorsque le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire relativement aux dépens, notre cour n'interviendra pas sauf si elle est convaincue que le juge a commis une erreur manifeste en exerçant ce pouvoir. Voir *Williams et al. c. Saint John (City), New Brunswick and Chubb Industries Ltd.* (1985), 66 R.N.-B. (2^e) 10. [...] C.A. [...]

La règle générale veut que la partie qui a eu gain de cause ait droit aux dépens. On dit que « les dépens suivent l'issue de la cause ». Dans *Distributeur Norbec Enrg. and Gagnon c. Daigle (Clarence) & Fils Ltée* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 269 [...] (C.A.), notre cour a exprimé la règle de la façon suivante, à la page 277 :

[...] Ordinairement la partie qui a gain de cause a droit à ses dépens, bien qu'il ne fait pas de doute que le juge peut exercer sa discrétion en les lui refusant. Mais cette discrétion doit toutefois être

exercée conformément aux objectifs de la loi.
[Par. 34 et 35]

[24] En l'instance, la juge saisie de la motion s'est penchée sur la question des dépens, a conclu que l'intimée était la partie qui avait eu gain de cause et lui a accordé des dépens de 1 500 \$, montant qui comprenait les débours et la TVH. Il est douteux que l'inclusion de débours parmi les dépens soit correcte, mais elle n'est pas contestée en appel. À mon avis, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge saisie de la motion n'est pas passible d'infirmer. Ce moyen d'appel est sans fondement.

VII. Dispositif

[25] Sans nul doute, l'intimée l'emporte en appel. Je suis d'avis de lui accorder des dépens de 1 500 \$. Son avocate a demandé leur versement à son cabinet en fiducie; je préfère lui refuser cette mesure. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de débouter l'appelant et de le condamner à des dépens de 1 500 \$.